



POR PARTE DE LOS DUEÑOS DE NAVIOS, EN LA CAUSA que ſiguen con los Abaſtecedores de Pan de eſta Ciudad, para que ſe declare que los Trigos que ſe perdieron en las Bodegas del Callao, con la Inundacion del Mar la noche del dia 28. de Octubre de 746. perecieron à los Abaſtecedores que los havian comprado, y no à los Vendedores, ſin embargo de que no ſe huvieſſen medido ni entregado por los Bodegueros, en los caſos que ſeparadamente ſe pondràn en eſte Papel, para que ſin confuſsion ſe pueda dar una regla general comprehenſiva de todos.

HECHO.

ESTE EN BREVE SE REDUCE, A QUE los Dueños de Navios vendieron parte de los Trigos que tenian en Bodegas à varios Abaſtecedores.

El modo es el miſmo que ſiempre ſe ha practicado, y conſta de la Prueba, y ſe reduce à que luego que el Navio deſcarga, ſe mide la Barcada, y el Bodeguero le da un Vale al Dueño de ella

en

en que se constituye Depositario, y Guarda de aquel numero de fanegas; Con la advertencia de que quando vienen trigos de distinta calidad, porque unos son viejos, ò nuevos, ò tienen otra diferencia particular, asi como vienen separados en distintos Pañoles en los Navios; asi tambien se separan en diferentes montones en las Bodegas.

El Abastecedor que quiere Comprar trigo, và à la Bodega, y reconoce los trigos que hay en ella, y del mejor, ò peor que le parece, informado yà de su calidad, ocurre al Dueño, conciertase con èl, en el precio, y este le dà libramiento contra el Bodeguero para que le entregue de aquel trigo de que le hizo Vale, doscientas fanegas v. g. y el Abastecedor ocurre con el libramiento al Bodeguero, y este lo acepta.

En esta misma conformidad se hicieron todos los contratos, y unos recivieron parte, y parte no recivieron, y otros dicen que nada le remitieron los Bodegueros de lo que compraron, cosa inaberiguable por haver espirado todos los principios de que se pudiera sacar la verdad, como son Libros, y Bodegueros: Este es el hecho.

DERECHO.

TOda la dificultad, y Question presente la hàn querido fundar los Abastecedores, en que el contrato de Empcion, y Vendicion de las cosas que consisten en peso, numero, ò medida, no queda perfecto en quanto al peligro, mientras no se pesan, quentan, ò miden ad leg. quod sæpe §. in hìs ff. de contrah. empt. distinguiendo entre las ventas que se hacen de estos generos *ad Corpus*, y *ad mensuram*, para que en el primer caso, sea el peligro del Comprador, y en el segundo del Vendedor, mientras no se hace el peso, numeracion, ò mensura, à cuyo fin se hàn considerado terminantes los Disc. 5. y 7. y especialmente el 8. de Ansald. de Ansald. de Comerc. & mercat.

Si yo huviera puesto la Demanda, me huviera sido me-

menos prolija la Defensa, y tal ves mas eficaz, y no se huviera escrito tanto por los Abogados contrarios; pero en el estado en que està el negocio, se hace precisso escribir un poco mas de lo que se debiera tomando la materia desde sus principios.

I. FUNDAMENTO.

LA regla Principe en el punto de peligro, se dà por el Jurisconsulto Paulo en la ley *Necessario* 8. ff. de Peric. & Comm. rei venditæ: Sus palabras son *Necessario sciendum est quando perfecta sit emptio, tunc enim sciemus cuius periculum sit, nam perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet; & Si id quod venierit appareat quid, quale, quantum sit, & pretium, & pure venit, perfecta est emptio.*

De suerte que la perfeccion del Contrato en quanto al peligro, consiste en que aparesca que es lo que se vende, *quid*, la calidad de lo vendido, *quale*, su cantidad, *quantum sit*, y su precio, *& pretium*; Y concurriendo estos quatro requisitos, está perfecto el Contrato, *perfecta est emptio*, y corre el peligro el Comprador, *nam perfecta emptione, periculum ad emptorem respiciet.*

Que esta regla comprehenda la venta de las cosas que consisten en peso, numero, ò medida, y no solo las ventas de cuerpos como un Siervo, ò una Alaja; se manifiesta del requisito, *quantum sit*, por que en aquellas especies, que se venden por cuerpo, bastarian los tres, *quid, quale, & pretium*: Pero como el Jurisconsulto hablaba de la venta engeneral, puso el requisito *quantum* para incluir las que consisten en peso, numero, ò medida; Reparo que tambien puso Accursio, à quien reprueba Fabro en la exposicion de esta Ley, ibi: *postremo ut appareat quantum sit venditum, ut earum quoque rerum venditiones comprehendantur, quę pondere, numero, vel mensura consistunt.*

Juan Corasio explicando la Ley Stipulationum 73. de verb. oblig. en el requisito *quantum* (de que despues se dirà)

dirà) dize *Quantum*, *Quantitatem demonstrat*, *caterum existimandum non est*, *horum trium concursum* (*scilicet quid quale Quantum*) *necessarium*, *ut certa sit stipulatio*, *preter quam instipulatione eorum quę in pondere, numero, vel mensura constant*; *in alijs quippe sufficit eatenus*, *aliqua ex his adesse*, *quatenus reluceat certtiudo*; *ut in stipulatione speciei quidditatem, hoc est substantiam, & qualitatem ex ipsa pronuntiatione apparere satis est, veluti si promittas hominem Stichum, aut fundum Tusculanum, utrobique quidditas demonstratur, quia homo, vel fundus, & qualitas, quia Stichus aut, Tusculanus.*

La razon porque concurriendo estos quatro requisitos, queda perfecto el contrato en quanto al peligro la dà el mismo Fabro en la exposicion del §. *in his* que se trae de contrario, y es que quando lo que se vende, consiste en peso, numero, ò medida, y el precio hàde resultar de una de estas tres diligencias, es incierto el precio; porque mientras no se pesa, cuenta, ò mide, no se sabe el que hà de resultar (esto es quando no se hace *ad corpus*) ibi *nam nec certum potest esse pretium quod debetur, quo usque res ita ut diximus venditę, vel admensę, vel adpensę, vel adnumeratę sint, namque pro modio maiori, vel minori, maior quoque, vel minor pretij quantitas debebitur; pro inde non potest scire emptor quantum pretij nomine offerre debeat, ut venditorem urgere possit ad tradditionem, nec venditor quantum pretij nomine petere, nec si totum quod vendidit traddere paratus sit, quomodo igitur perfecta emptio videri interim potest?* De que resulta, que quando en el contrato aparece lo que se vende *Quid*, su Qualidad, *Quale*, su Quantidad *Quantum*; y su Precio *Pretium*; queda perfecto el contrato; porque el comprador sabe lo que hà de pagar, y lo que hà de pedir; y el vendedor, lo que ha de entregar, y lo que hà de percibir, y uno y otro expedir con certidumbre sus acciones.

Don Joseph de Rosa, consult. 68. propone el caso de que Manuel Gomes de Olivera, vendiò à Cesar Lubrano

29. Cajas de Açucar que eſtaban en la Aduana à 56. Ducados por cada cien libras, y antes de que eſtas ſe peſſaſſen perecieron: y funda, que eſtà perfecto el contrato en quanto al peligro del miſmo modo que hà dicho. Ita num. 1. *nam & quid venditum ſit apparet, nec non quale, quantum que ſit, & depretio conſtat, & venditio pure facta eſt, quo caſu venditionem perfectam & periculum in emptorem traslatum*, *ait textus in leg. Neceſſario verſic & ſi id.*

Sentada eſta regla magiſtral (que aſsi la llama Fabro en la ley Neceſſario) vamos al caſo preſente, en que los Abaſtecedores compraron una cantidad cierta, como v. g. 200. anegas à cinco peſos de monton cierto, y determinado que fue el de Pedro, cuya calidad reconocieron primero antes del ajuſte, como todos lo confieſſan, y eſtà probado: me parece ſin diſputa, que eſtà perfecto el contrato en quanto al peligro, aunque no ſe mida el trigo; y la razon es clara, porque en eſte caſo aparece el primer requiſito *Quid*, que es el trigo, el ſegundo, *Quale*, que es ſu calidad, de que ſe cercioran antes de paſſar al ajuſte, el tercero *quantum*, que ſon 200. fanegas las miſmas que ſe venden de un monton ò acervo de mayor cantidad, y el quarto, *& pretium*, que ſon mil peſos: el Juriſconſulto dize, que entonces *perfecta eſt emptio*, y que *perfecta emptione, periculum ad emptorem reſpiciet*: luego el trigo que ſe vendiò à los Abaſtecedores en eſta forma, y pereciò en la Inundacion, pereciò à los compradores, y nò à los vendedores.

Las doctrinas en eſte aſſumpto ſon puntuales: la primera es de Bonacin. de contract. diſput. 3. queſt. 2. punct. 8. num. 9. Pater Molina de juſt. & jur. diſp. 366. num. 11. Azor lib. 8. cap. 26. part. 3. queſt. 10. Rebel. lib. 9. queſt. 15. num. 14. Reginaldo lib. 25. num. 351. Pater Saa, Verb. Venditio num. 27. à quienes recoge el Padre Oñate, tom. 3. tract. 21. diſp. 71. ſect. 11. num. 234. verſic. Quando: cuyas palabras lo comprehenden todo ibi: *Quando res ad menſuram venit, ſed ex certo toto v. g. duę Oves de Grege*

 duę

duæ Amphoræ de Dolio, si omnes pereant, duæ dictæ pereunt emptori: De suerte, que antes que se separen las dos Ovejas, y antes de que se midan las dos Amphoras de Vino, corre el peligro el comprador, quando perece el todo de que se vendiò parte cierta, y determinada.

El fundamento de esta doctrina, es la regla magistral antecedente, porque como aparecen todos los quatro requisitos que en ella se previenen, queda perfecto el contrato, y el peligro passa al comprador. Pero demàs de esto se fundan estos AA. en un texto expresso por su sentencia que es la ley si in emptione 34. §. Si emptio 6. ff. de contrah. empt. en que se propòne que si la compra se hizo alternativa de Stico, ò Pamphilo, està en arvitrio del vendedor qual hà de entregar, y si muere uno, hà de entregar el que queda, pero si mueren ambos, uno parece al vendedor, y otro al comprador ibi. *Si emptio ita facta fuerit*, est mihi emptus Stichus aut Pamphilus, *in potestate est venditoris quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo, qui superst dandus est, & ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit; sed & si pariter decesserint, pretium debebitur, unus enim utique periculo emptoris vixit*, y à estos A A. se hà de añadir el Padre Gibalin. de negotiation. lib. 4. cap. 4. artic. 7. Consectario 4. num. 3.

La aplicacion de este texto es bien clara, porque asi como antes de la mensura del Vino, ò separacion, ò numeracion de las Ovejas, està en incierto el cuerpo vendido; asi tambiem antes de la eleccion del esclavo vendido alternativamente està en incierto el que fue vendido de ellos; porque ni en uno, ni en otro caso, se puede designar antes de la separacion, y eleccion, la Oveja, el Vino, ni Esclavo; es asi, que pereciendo los esclavos, alternativamente vendidos, el primero parece al vendedor, y el segundo al comprador, y si mueren à un tiempo, uno perece à uno, y otro à otro: luego quando la venta se hace de un numero cierto, y de monton cierto, y determinado, à ci-

certo

à cierto precio por cada menſura; queda perfecto el contrato, Supueſto que aparezca *Quid*, *Quale*, *Quantum*, *& pretium*: es aſsi, que quando ſe venden 200. fanegas de trigo à cinco peſos del monton de Pedro, que reconoció, y vió el Abaſtecedor, ſe verifica, que es la venta de numero cierto, de monton cierto, y determinado, y que aparece *Quid*, *Quale*, *Quantum*, *& pretium*: *ergo perfecta eſt emptio*, *& periculum ad emptorem reſpiciet*: Y haviendo perecido todo con la Inundacion, quedò de cuenta y rieſgo de los Abaſtecedores la perdida del trigo comprado.

La mayor es cierta, porque aſsi como antes de la venta de Stico, ò Pamphilo los dos eſtaban en el dominio del vendedor, aſsi antes de la venta de las 200. fanegas eſtaban en el dominio del vendedor las mil; y aſsi como deſpues de la venta de Stico, ò Pamphilo, y antes de la eleccion, aunque cada cuerpo duraſſe ſeparado, era incierto el vendido; aſsi deſpues de la venta, y antes de la ſeparacion y menſura, eran inciertos los granos, en quanto à la deſsignacion; y aſsi como en los dos Siervos ſe havia de verificar la venta de uno, hecha la eleccion; aſsi en las mil fanegas ſe havia de verificar la venta de las 200. hecha la menſura; y en ſubſtancia eſtà en eleccion del vendedor de las 200. fanegas de un monton cierto, y determinado, quales hà de dar, y puede reducir à cinco, el monton de mil, y dar el que quiſiere al comprador, aſsi como ſi fueran cinco los eſclavos, de que ſe vendiò uno alternativamente; pues para la deciſsion lo miſmo es que ſea la alternativa entre dos que entre cinco.

Pero para ajuſtar mas la proporcion de la prueba pongamos que el monton de que ſe vendieron 200. ſolo tenia 400. y no mil fanegas, y que el Bodeguero ſeparò 200. ò el Vendedor ſin deſsignar quales eran para el comprador, y quales para el vendedor, y en eſte tiempo ſucedio el caſo de perderſe; *Quid juris*? Si ſe dice que con eſto ſe perfeccionò el contrato en quanto al peligro, por que ſe midie-

dieron las 200. fanegas; dixera el comprador que todavía quedaba la mifma infertidumbre, por que afsi como antes de fepararfe los trigos no fe fabia quales pertenecen al comprador, y quales al vendedor; afsi feparadas las 200. de las 200. quedava incierto quales eran del vendedor, y quales del comprador, y con la equivocacion del *qual* de que fe dirà defpues, arguyeran, que aunque havia dos montones de à 200. no aparecia qual era el vendido. Si fe dize que hecha efta divifsion, y feparacion fe refuelve el contrato en alternativo, y que eftà *in electione venditoris quod velit acervum preftare*, eftarèmos en los terminos del §. Si empcio, y pereciendo los dos antes de la eleccion, uno perece al comprador, y otro al vendedor; es afsi que no fe puede decir que eftè en poteftad del vendedor variar la fubftancia y forma del contrato por fola fu authoridad, porque del mifmo modo pudiera el comprador en el cafo de la venta alternativa mudarle la fubftancia y forma al contrato, pidiendo determinadamente à Stico, ò determinadamente à Pamphilo, quitandole la eleccion al vendedor, ni tampoco puede negarfe que efte pudo licitamente hacer la feparacion: luego fe hà de conceder neceffariamente, que aquella venta primera encerraba virtualmente efte fegundo contrato, que es lo mifmo que decir que la venta que fe hace de numero cierto, y determinado de fanegas, de monton cierto, y determinado de trigo, fe refuelve en un contrato alternativo.

Ni tiene dificultad alguna que el contrato de que tratamos fe refuelva juridicamente en alternativo, por eftar embebida en èl efta qualidad en las prefentes fircunftancias del cafo fortuyto, porque *aliud es Stichum aut Pamphilum deberi*, y *aliud Stichum determinatè deberi*, y no obftante fi muere Stico, fe debe tan abfolutamente Pomphilo, como fi el folo hubiefe fido el contenido en la obligacion, y aquel primer contrato fe refuelve en una eftipulacion de efpecie debida in individuo: es exprefa la *Ley Stichum 95. de folution*, donde dice Papiniano *Stichum aut*

Pam-

Pamphilum utrum ego velim dare spondes, altero mortuo qui vivit, solus petetur; tunc enim perinde, solus ille qui decessit, præbetur ac si solus in obligationem deductus fuisset: luego del mismo modo pereciendo las 800. fanegas, y quedando las 200. se reduce el contrato à una venta de especie, y en individuo, y por esta razon se deben essas 200. como todos convienen: *nunc sic*: quedando las 200. Anegas es lo mismo que si essas hubiessen sido las vendidas in *individuo, & tanquam species*; luego perdidas tambien esas 200. hande perecer al comprador, como todas las especies compradas perecen à este, *simul atque de pretio convenerit*: por que fuera una injusta desigualdad que se reputassen como especie, y como individualmente debidas, en el caso que essas solas quedassen à favor del comprador, y que no se juzgassen del mismo modo à favor del vendedor en caso de que se pierdan; y como en el §. *si emptio* lo mismo es que Stico, y Pamphilo mueran simul ó successivamente, assi tambien se hà de entender que lo proprio es que simul se pierdan todas, ò que primero se pierdan las 800. y luego las 200.

Compruebase esto mismo con la reflecciòn de que si como el Mar se llevò todas las mil Anegas en una irrupcion, solo se huviera llevado las 800. y dejado las 200. es cierto que se debieran entonces al vendedor los mil ps. de su precio, y fuera lo mismo que si se huviessen vendido *determinatè, in individuo, & tanquam species* aquellas 200. anegas, y que si en segunda irrupcion se huviessen perdido, pereceriàn estas al comprador, y en esto estàn conformes todos los textos y AA. sed ita est que en el §. *si emptio* se decide que *si pariter decesserint, pretium debebitur*, y que no hay diferencia entre quando se pierde *successive ò simul*: luego perdidas todas las mil anegas, las 200. vendidas, perecen al comprador.

Mas assi como en el monton de trigo estàn mesclados los granos antes de la separacion, assi en el arbitrio del vendedor, estàn confundidos los cuerpos antes de la

elec-

eleccion L. 106. y asi como en el contrato alternativo. *Utraque res est in obligatione, licet alterutra tantum in solutione* ley si duo 128. in fin. ff. de Verb, oblig. asi tambien aunque todo el monton estè obligado à las 200. solo las 200. satisfacen la paga. De que se sigue, que asi como muerto Stico, queda obligado el vendedor à entregar à Pamphilo, asi pereciendo 800. fanegas del monton de mil, està obligado el vendedor à entregar las 200. que quedaron; y asi como muriendo Stico, y Pamphilo, no solo, no queda obligacion en el vendedor à entregar alguno, sino que es obligado el comprador à entregar el precio de uno; asi pereciendo todo el monton de mil fanegas, no solo no le queda obligacion al vendedor de entregar las 200. sino que el comprador es obligado à pagarlas.

La razon, porque en el caso de que perezca parte del monton, y parte se salve, esta pertenece al comprador; es porque haviendosele vendido 200. fanegas de aquel monton, hay, y existen verdaderamente tales 200. fanegas que debe entregarle el vendedor, como quando muere Stico, y vive Pamphilo, *debetur Pamphilus*, porque ambos estaban contenidos en la obligacion; y asi como por la eleccion *solus Pamphilus deberetur*, asi por la muerte de Stico, *Pamphilus omnino debetur*.

La razon, porque pereciendo todo el monton, perecen al comprador las 200. fanegas; es porque la obligacion de parte del vendedor, es entregar de las mil fanegas 200. luego pereciendo todas, no tiene obligacion de entregarlas, asi como pereciendo Stico, y Pamphilo, ò *successive*, ò *simul pretium debetur*, porque muertos los dos, que es el todo comprehendido en la obligacion, no la hay en el vendendedor, à la entrega, y faltando esta, no le puede precissar el comprador à que entregue, porque ni puede entregar, ni por su culpa se constituyò en esta impotencia; pero el comprador puede entregar el precio à que està obligado, y el vendedor puede obligarle à que cumpla con la obligacion que puede.

Ni

Ni embaraza, que el comprador no està obligado à entregar el precio, mientras no se le entrega la cosa vendida, por que en estando perfecto el contrato, el peligro es del comprador; y en pereciendo sin culpa del vendedor, està obligado à la paga el comprador: assi responde Manso à esta misma dificultad en el num. 2. consult. 5. *Verum allegata regula fallit omnino, nec venditori ad pretium consequendum agenti, obstare potest exceptio non factę, nec adimpletæ ex parte sua, traditionis rei venditę Quoties perfecta iam venditione, interim antequam sequatur traditio, res vendita, absque facto, & culpa venditoris perierit; Qua propter rem venditam traddere impeditur, venditione enim perfecta, periculum omne in re vendita, licet adhuc non traddita contingens; ad emptorem spectat;* ley *Necessario* &c. y que quando el contrato està perfecto, *si res evincitur ex mero facto principis*, està obligado el comprador à entregar el precio, y no el vendedor à entregar la especie: es texto celebre, la ley Lucius Titius 11. ff. de eviction, porque este es caso omnino fortuito, y fuerza mayor, *cui resisti non potest*; con el qual, y copia de AA. que recoge funda esta conclussion el Obispo Rocca en sus selectas cap. 91. à num. 6.

Esta misma parte, y extremo se confirma con la razon de la primera: por que quando de la manada, solo quedaron dos Ovejas que fueron las vendidas, por esso se deben al comprador, por que se entiende que essas fueron las vendidas individual, y determinadamente; y por esso muerto Stico, se debe absolutamente Pamphilo, por que quitada la eleccion con la muerte de Stico, es lo mismo que si individual, y determinadamente se hubiesse vendido Pamphilo; y assi se reduce el contrato à venta de especie ò cuerpo cierto, (y lo mismo es conforme à la dicha *ley Si in emptione si pariter decesserint.*) Y por esso muerto Stico *non potest venditor conqueri ereptam sibi hoc modo electionem, quam per venditionem sibi quęsierat, ne Pamphilum pręcisse traddere cogeretur*, por que *fatum*

est

est humana sortis quod ei ademit electionem, *non factum emptoris*, como dice Fabro, y està precissado à entregar à Pamphilo: luego si quedando solo las 200. Anegas de las mil, se entenderian essas vendidas individual, y determinadamente, y fuera lo mismo que una venta de especie ò ad corpus, ad textum inleg. si certos 37. ff. de verb. oblig. y en ella actuaria su contrato: del mismo modo pereciendo todas en un mismo tiempo, perecen al comprador aquellas 200. como si fuessen individual, y determinadamente vendidas, y como si fuesse venta *ad Corpus*, ò de qualqueira especie, porque assi queda igual el contrato. Lo qual se entiende independente de pacto, mora, ò estilo, en lo que como no del caso no insisto, y en su lugar se hablarà de lo perteneciente al assumpto.

II. FUNDAMENTO.

AUn esta ultima limitacion no puede tener lugar en el caso presente; porque si como se perdiò todo, solo se hubiera perdido parte del trigo, no hubieran perdido los vendedores solos, si no en Prorrata, segun la cantidad que cada uno tubiesse en el monton; por que de las cantidades vendidas, se havia transferido yà el dominio à los compradores, aunque no se hubiesse hecho la separacion, y mensura.

Parece dura la conclusion: pero se harà demonstrable, y patente: cierto es que si *frumentum titij*, *frumento tuo mixtum fuerit*, *siquidem ex voluntate tua*, *utriusque comune est*, como dice Justiniano; y en esta commixtion, se transfiere mutuamente el Dominio, sobre cuyo assumpto Donelo en el lib. 4. de sus comment. cap. 21. num. 50. se pone el argumento de que no basta la voluntad de los commiscentes para que se transfiera el Dominio, por que todavia es necessaria la tradicion *ibi*, *sed non dum hoc satis ad comunicationem*, *voluisse fieri comunes*: *hoc amplius ad transferendum tradditione opus est*: ley si tradditionibus C. de Pact.

A esta dificultad se responde el mismo: *dicimus & voluntate, & traditione Dominorum esse comunicatas; de voluntate iam dixi*: esto es en el num. 40. antecedente havia dicho, que no siendo en vano la commixtion, sinò por algun motivo; no podia ser otro, que el de la Comunidad, por que si fuera para tener separados los Dominios, *multò id certius, & melius consequi potuerunt eas separatas habendo*: con que de la voluntad de transferirse el Dominio consta.

Passa à la tradicion, y dice assi *Traditio autem vtrinque est in eo, quod vterque vult partem eius quod suum est, alterius fieri; & ita alter voluntate alterius, nanciscitur eius rei possessionem.* Pero como todavia restaba fuera de la voluntad mutua, algun acto, que symbolizasse la tradicion, prosigue diciendo, que assi como quando se trata de aquellas cosas, que todas se entregan, basta el acto de mirarlas como que con la vista, y aspecto se toma tambien la possession. Ley 1. §. penultimo: ley pecuniam 79. ff. desolution: assi tambien la vista solo de los trigos mezclados, ò el acto de la commixtion hecho por aquellos, à quienes se le mandò, *gerit vices traditionis*: ibi *nanciscitur autem* (*id est possessio*) *ut in alijs rebus, etiam quę totę transferuntur, nancisci solemus: nam cum ipsis præsentibus, aut alijs quibus negotium commiscendi datum est, grana commiscentur, acquiritur ab his alienę partis possessio, vice mutua oculis, & aspectu.*

Mas claro, y mas terminante al assumpto presente, està en las siguientes Clausulas: *sed & cum utriusque nomine frumenta aliquo in loco condantur, subjiciuntur hoc modo utriusque custodię & possessioni, satis que, id est ad rem transferendam, veluti cum res, quam quis mihi vult traditam, deponitur Domi meę meo mandato.* Y porque no se entienda, que este *veluti* es un exemplo precisso, que solo dice relacion al caso, en que se pongan en custodia essos trigos mezclados, en Casa del uno de los contrahentes por las ultimas palabras *Domi meę* se deben tener presente

las ras palabras *frumenta aliquo in loco condantur*, en que no se designa, qual ha de ser el lugar: lo que concuerda con lo que antes havia dicho en el cap. 18. n. 30. donde hablando de la tradicion impropria, dize, que el tercer modo con que se consigue, es: *si ei rei custodem apponant, cuius custodie res subjiciatur*: con que se convence de esta magistral doctrina, que es tradicion menos propria, pero bastante, y suficiente, para transferir el dominio, *appositio custodis* de los trigos mezclados.

Supuestos estos principios se manifiesta claramente la conclusion, contrayendola al hecho. Porque el Abastecedor, que comprò las 200. fanegas de trigo del monton de mil, y sacò su libramiento del vendedor, paraque el Bodeguero se las entregasse, y este aceptò, quedò desde entonces constituido por guarda, y custodio de uno, y otro trigo, que es el oficio de los Bodegueros: y que la voluntad del comprador, y vendedor fue, que aquel trigo fuesse comun, à proporcion, y en prorrata, *patet*; porque asi como quando los trigos estàn separados, y se mezclan, dize este Author: *si suas cuiusque vellent manere, multò id certiùs, & meliùs consequi potuerunt eas separatas habendo.* Asi tambien, y por la misma razon, si el comprador, y vendedor no huvieran querido, que permaneciessen en comunidad aquellos trigos, uno, y otro immediatamente los huvieran separados; conque quedando de consentimiento de ambos mezcladas las 200. con las 800. no vendidas en poder del Bodeguero, que se constituyò responsable à uno, y otro; al vendedor, por que el *Vale* de Bodega, que le diò al principio; y al comprador por la aceptacion del libramiento de las 200. anegas vendidas; quedò perfecto el contrato en quanto à la tradicion, trasferido el dominio, y consumado del todo.

De que immediatamente se deduce el segundo fundamento, y conclusion, que antes se sentò de correr el peligro del trigo vendido, por ambos contrahentes en prorrata. De suerte, que si del monton de mil se huviessen perdido 500. 100. perdiera el comprador, y 400. el vendedor,

como

mo, que transferido el dominio, no es disputable à quien pertenece el peligro.

Ahora entra bien la limitacion, que pone Hermos. en la gloss. 1. num. 4. de la ley 24. tit. 5. part. 5. que aunque la venta se haga *ad mensuram*, si se entrega la cosa *ante mensurationem*, corre el peligro por el comprador con la ley 2. C. deperic. & comm.

III. FUNDAMENTO.

AUn en los casos, en que el contrato no està perfecto en quanto al peligro, segun las comunes reglas de derecho, lo corre el comprador, si se pacta entre los contrahentes: ley 1. ff. de peric. & comm. ibi *nesi aliud convenit*: y no solo quando se pacta entre los contrahentes con expression, sino quando *tacitamente* se convienen en ello: y entonces hay tacito consentimiento, quando por costumbre de la region està introducido, y observado: ita P. Oñate, tom. 3. tract. 21. disp. 71. sess. 12. num. 220. ibi, *& idem dicendum est de consuetudine eius loci, in quo contractus fit venditionis, quia contratus ex more regionis, in qua celebrantur, sunt interpretandi, & inde gustandis, mensurandis que rebus, alia in alijs locis vigent consuetudines.*

Por esto Ansald. de comerc. & mercat. en el Disc. general, con que sierra su obra desde el num. 41. enseña con muchos, que recoge, que uno de los privilegios de la mercatura es, que se haya de estar al estylo de los mercaderes, en cuyas causas prevalece este à las disposiciones del derecho. Por lo qual, quando se trata algun negocio, que mire al Comercio en comun, ò se haya de dàr alguna determinacion, que sea regla comprehensiva de muchos casos, se acostumbra requirir el voto, y juycio de los Mercaderes: y para su Decis. se debe estàr à su parecer, porque saben su estylo.

Reconocidos los Autos, hallarà VS. que està plenamen

mente probado con los primeros hombres de eſte Comercio, el eſtylo, uſo, y coſtumbre, de que el contrato ſe perfecciona en quanto al peligro, desde que el Bodeguero acepta la libranza. Y lo mas particular es el informe del Tribunal del Conſulado, por el que conſta, que haviendo ocurrido los Abaſtecedores, ſobre eſte miſmo punto, fueron repelidos; y ni aun ſe les quiſo admitir la demanda, por ſer contra el eſtylo de eſte Comercio: y que muchos de ellos convencidos de la razon, y de la coſtumbre trataron de componerſe con los Acreedores, de quienes lograron alguna equitativa rebaxa à diſcrecion de los vendedores: fin, y termino, que regularmente han tenido eſtos litigios, como ſe puede veer en la conſult. 68. de Roſa, en la 5. de Manſo: y en el Diſc. 23. de Luca de credit. & debit. y en el 118. de Regalib.

De eſte beneficio de que ſe hicieron dignos aquellos, ſe han hecho indignos eſtos; no ſolo por la inficiacion, y tenacidad, con que han ſeguido, y enredado eſte negocio, cauſando tan crecidos coſtos, y gaſtos à los vendedores, ſino por la retencion de eſte dinero mas tiempo de tres años, à unos ſugetos, que lo neceſsitan para ſus Comercios, y en quienes ſiempre ſe verifica el lucro ceſſante, de que largamente tratò el Señor Herrera en ſu lucro licito.

Eſta miſma practica ſe hà obſervado general, è inconcuſſamente en todos tiempos, cerca del vicio, y corrupcion, que hàn padecido los trigos. Por lo qual los Abaſtecedores, que hàn comprado trigo bueno, y electo, ſin ſepararlo del monton, ni medirlo, ni conducirlo, quando las Juſticias los hàn arrojado al Mar, los hàn perdido los compradores, ſin que jamàs hayan ocurrido à eſte efugio, ni à la diſpoſicion de la ley Real de Partida, para que ſea de cuenta de los vendedores el peligro; porque ſiempre hàn tolerado el daño, y tenido el contrato, no ſolo por perfecto en quanto al peligro, ſino en quanto al dominio, como todo eſtà plenamente probado en los Autos.

Lo particular es, que al miſmo tiempo, que hàn tolerado

rado

rado el daño de la corrupcion sin valerse de la ley de Partida, no se han olvidado de la ultima parte de su Decis. paraque ceda à beneficio de ellos el aumento del precio, como sucediò el año de 41. quando infestò estos Mares el Almirante Anson, en que las grandes partidas de trigo, que tenìan compradas à menos precio, lograron vender con un aumento exorbitante, y en todos tiempos, no solo han sido compradores para abastecer la Ciudad de Pan, sino para revenderse unos à otros el mismo trigo, que compraron, antes de la mensura, con utilidad, y aumento del precio, sin que los vendedores hayan dejado de cumplir sus contratos: y aunque se alega un caso de Don Vicente Leè, con Don Juan Antonio Marques, de no haverle querido entregar el trigo, por haver subido el precio, fue en otros terminos, y circunstancias de contrato, lo que se califica con el mismo hecho, porque si huviera sido simple, y llano el que se celebrò, no huviera permitido el comprador, que no se le entregasse el trigo, quando aunque no se huviesse llegado à la mensura, cedià en beneficio del comprador el aumento ò diminucion del precio, conforme à la ley de Partida.

Con estos fundamentos quedaba plenamente justificada la demanda, ni era necessario ocurrir à otros medios, y discursos para persuadirla: pero por vindicarlos de todas las dificultades, que contra ellos se han opuesto, se iràn respondiendo, y exponiendo en particular.

RESPONDESE A LA LEY QUOD SÆPE.

§. in his 5. ff. de Contrah. empt.

ESte texto es la Vandera, bajo de que milita un lucido Esquadron de doctrinas, que sin entrar en Batalla, han de quedar vencidas, con solo colocarlas en su lugar, y casos, siguiendo el consejo tantas veces repetido del Eminen-

tiſsimo Carden. de Luca, de que no ſe proceda con reglas generales, ſino con diſtincion, y aplicacion particular.

El Juriſconſulto Gajo en eſte texto dice, que en los contratos de ventas de aquellas coſas, que conſiſten en peſo, numero, ò medida, como Trigo, Vino, Azeyte, ò Plata, unas veces ſe obſerva lo miſmo que en las demàs, que luego, que eſtà ajuſtado el precio, queda perfecta la venta; y otras, aunque eſtè ajuſtado el precio no ſe entiende preperfecta la venta, ſino es que ſe mida, peſe, ò cuente la coſa vendida: las palabras ſon *in his quæ pondere numero menſura ve, conſtant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea ſervantur, quæ in cæteris, ut ſimul, atque depretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiam ſi de pretio convenerit, non tamem aliter videatur perfecta venditio, quàm ſi admenſa adpenſa, adnumerata ve ſint.*

En eſtas palabras comprehendiò el Juriſconſulto dos caſos: uno, quando eſtas coſas ſe venden *ad Corpus*; y otro quando eſtas miſmas ſe venden *ad menſuram*: y para uno y otro dà ſu reſpectiva determinacion. Para el primer caſo, que es la venta *ad Corpus* de que ſe dixo, *modo ea ſervantur quæ in cæteris*, reſponde, que ſi todo el Vino, Azeyte, Trigo, ò Plata, fueſſe el que fueſſe, ſe vendieſſe en un precio, es lo miſmo que quando ſe vende qualquiera eſpecie: ibi *nam ſi omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantum cumque, eſſet uno pretio venierit; idem juris eſt, quod in cæteris rebus* eſto es *ut ſimul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio*: eſto es lo que los Juriſconſultos llaman *per averſionem*, en que corre el peligro el comprador. Cujac. y Fabro, contra Accurcio dicen (y bien) que eſto es comprar *quaſi averſi*, como à *eſpalda buelta*, y mejor en nueſtra fraſſe, *à ojo*, contraponiendo eſte modo de venta al que ſe hace *ad menſuram*, que es con eſpeculacion. Fabro in leg. 62. §. 2. ff. de contrah. empt. Hermoſ. in leg. 25. gloſſ. 1. tit. 5. part. 5. num. 1. Parlad. diſ. 77. num. 3. Dominguez Comerc. Terreſtre, lib. 1. cap. 12. num. 42.

El

El ſegundo caſo es, quando todo eſſe vino ſe vendiò, poniendo cierto precio à cada Amphora de vino, à cada Metreta de azeyte, à cada Almud de trigo, y à cada Libra de Plata; ſus palabras: *quod ſi vinum ita venierit, ut in ſingùlas Amphoras, item oleum, ut in ſingulas Metretas, item argentum, ut in ſingulas libras, certum pretium diceretur*: y corto aqui la letra por prevenir que aunque en eſte ſegundo caſo no dice *omne vinum*, aſsi ſe entiende; porque es la meſma eſpecie antecedente, y ſolo muda la circunſtancia, de ſi la venta es *ad corpus*, ò *ad menſuram*: y aſsi ſe hà de proceder bajo de eſte ſupueſto de que es la venta *ad menſuram* de todo el vino, *quantum cumque eſſet*, à cierto precio por cada Amphora, y lo miſmo en las demas eſpecies, à las quales añade las que conſiſten en numero, ſi por el de los cuerpos ſe huviere ſeñalado el precio, v. g. en una manada de Ovejas que es la eſpecie del §. ſiguiente: Laſſart. de Gabell. cap. 5. n. 25. verſic. quod ſi: ibi *quod ſi vinum ita venierit* (*retento eodem themate*) *vendo tibi vinum hoc quantum cumque erit in ſingulas Amphoras certo pretio* &c. num. 26. verſic. *vbi*: *ibi & quod tota illa lex in dicto §. in his vſque ad verſic, ergo & ſi Grex locuta ſit in caſu, quo totum integrum corpus vini, venditur ad menſuram id ſingulas Amphoras* &c. *apertiſſime conſtat.* &c.

Eſto ſupueſto pregunta, quando eſtà perfecto el contrato en eſta ſegunda hipoteſi? *quæritur quando videatur emptio perfici*? y reſponde con la opinion de Sabino, y Caſio, que entonces ſe perfecciona el contrato, quando las coſas, que conſiſten en numero, ſe numeran, las que en medida ſe miden, y las que en peſſo, ſe peſſan. *Sabinus & Caſius, tunc perfici emptionem exiſtimant cum adnumerata, admenſa, adpenſa, ve ſint*: y dà la razon, por que la venta parece que ſe hace bajo de eſta condicion, de que el precio ſe concierta para cada metreta, almud, libra, ò cuerpo, que ſe midiere, peſſare, ò contare, *quia venditio, quaſi ſub hac conditione videtur fieri, ut in*

ſin-

ſingulas metretas, aut ſingulos modios, quos, quas ve admenſus eris; aut ſingulas libras, quas adpenderis, aut ſingula corpora, quæ adnumeraveris.

La razon, porque eſta como condicion, que contiene el contrato, lo deje imperfecto; es la miſma que ſe dixo arriva en el primer fundamento, y dan Antt. Fabro en la expoſicion de eſte texto, y Anſald. en el diſc. 8. n. 6. que es la incertidumbre del precio; Porque como vendido todo el ttigo que eſtà en el monton à cierto precio cada fanega, antes de medirſe, no ſe puede ſaber por uno ni otro el numero de fanegas de que ſe compone tampoco puede ſaberſe el precio del todo que hà de pedir el vendedor, y entregàr el comprador: y como eſto es preciſſo, como ſe dice en la *lei Neceſſario* ya citada; por eſſo queda imperfecta la venta haſta que el trigo ſe mida, y ſe ſepa quantas fanegas hay en el monton.

Con lo dicho ſe entiendè la reſolucion del Juriſconſulto Gajo, que en eſte §. ſolo habla de la venta que ſe hace de todo el trigo que hay en el monton à cierto precio cada fanega, que entonces como no puede ſaberſe el todo del precio haſta que ſe mida, ſe entiende hecho debajo de la condicion de que compra las fanegas que ſe midieren: y eſto que tiene que ver con el caſo preſente, ni como es aplicable à nueſtra diſputa? cuyo hecho ſolo ſe reduce à 200. fanegas vendidas à cinco peſos de un monton de mil, en que desde que ſe ajuſtò el precio, quedò perfecto el contrato, porque *apparuit Quid Quale Quantum, & pretium*, que ſon los quatro requiſitos que perfeccionan eſte contrato.

Tampoco retarda la perfecccion de el en quanto al peligro, el recibo que piden los libramientos dados por los Dueños contra el Bodeguero, que es otro de los argumentos que de contrario ſe forma para perſuadir, que mientras el trigo no ſe entrega al Abaſtecedor, no eſtà perfecto el contrato, y que aſsi como en eſte texto ſe entiende pueſta la condicion, *quas admenſus eris*, aſsi ſe pone

en

en la libranza, que con recibo del Abaſtecedor, ſerà bien dado el trigo por el Bodeguero.

A que ſe reſponde lo 1. que el argumento claudica en el hecho, porque la coſtumbre general hà ſido ſiempre, dàr las libranzas ſin eſte requiſito, y ſi hà havido alguna, hà ſido de algun Comerciante nuevo en eſte trato: y la razon es clara, porque quando el dueño dèl trigo vende, y libra contra el Bodeguero, y eſte acepta, ſe queda el Abaſtecedor con la libranza, y conforme và recibiendo en ſu Caſa, và enviando recibos por menor à la Bodega, haſta que cumplido el todo de la Cantidad librada, recoge el Bodeguero la libranza, y debuelve al Abaſtecedor los recibos.

El fin paraque recoge la libranza, es para ſatisfacer al dueño del trigo, y que eſte le debuelva el vale de Bodega, que le diò al tiempo de recibir la barcada; en cuyos terminos ſe ignora, à que conducia el recibo del Abaſtecedor, ni de que le ſervia al vendedor eſte recibo: porque ſi era para cobrar en virtud de èl, y tener inſtrumento con que reconvenir al comprador, fuera inutil, reſpecto de que el dueño de la barcada de trigo, hace ſus ventas, y và recaudando ſin conſideracion à la entrega, ò no entrega del trigo, y muchas veces eſtà pagado el todo, y el trigo no eſtà entregado; y otras antes de la entrega, recoge el Bodeguero la libranza, haciendo vale à favor del Abaſtecedor, y con ella ſatisface al dueño de la barcada, y recoge ſu vale de Bodega. De ſuerte, que todos eſtos vales, libranzas, y recibos, no miran à la obligacion, ſino à la cuenta: el vendedor libra ſobre el vale de Bodega del Bodeguero: el comprador recibe por cuenta de ſu libranza, y el Bodeguero recoge eſtas, ò dando vales, ò debolviendo recibos, para recoger ſu vale de Bodega, con la entrega de las libranzas al dueño de la barcada, ſin que en nada de eſto ſe trate del contrato de compra, y venta, ſino de entrada, y ſalida de el efecto, de poder del Bodeguero.

La prueba real, y manifiesta de lo dicho, la dan las mismas libranzas, porque estas se reducen à decir al Bodeguero, que entregue à Fulano tantas fanegas de trigo del que tiene de su cuenta de tal barcada, sin mas expression de precio, tiempo, ni plaso de paga: luego este no es el contrato, sino ejecucion de èl; ni puede el recibo, que allì se pidiesse, influir à la perfeccion; porque el contrato està celebrado separadamente entre el comprador, y el vendedor, y regularmente consiste en el asiento del libro; con que es precisso que aun quando la libranza pida recibo, se entienda para entre el Bodeguero, y el vendedor, no para entre el vendedor, y el comprador.

Respondese lo 2. que el mismo tenor de la libranza excluye la razon de instrumento que justifique el contrato, para en su virtud poder ser ejecutado el Abastecedor; porque como solo contiene 200. fanegas libradas, y el recibo 200. fanegas recibidas; no era exequible el recibo aun reconocido, porque todabia faltaba el precio; y entrabamos en la question, si solo por la confession de recibo, se puede proceder ejecutivamente si se añadiesse la calidad de que era en pago, ù otra cosa, que excluyesse la obligacion; luego el recibo al pie de la libranza, nunca puede ser el instrumento ejecutivo de la deuda.

Estas libranzas son como las que se dieron en el caso de Ansaldo, paraque los Guardas entregassen el trigo, en que solo se contenìa el orden desnudo de la entrega: ibi *cumque in executionem præfati conctratus, oportunum ordinem consignasset emptoribus*; *isti eumdem ordinem* (esta es la libranza) *in continenti ostenderunt custodi*, en que no se halla cosa perteneciente al cuerpo, y substancia del contrato; pero en la Partida de los Proxenetas, ò Corredores està la descripcion del contrato por lo qual ni Ansaldo, ni Manso fundan la perfeccion de èl en la libranza, ni aun traen à consideracion su tenor, y contexto; porque estas no son el instrumento del contrato; y del mismo modo en este Comercio, no se reconviene à los compradores por la

libran-

libranza, ſino por el aſsiento del libro, vale, ò juramento, que ſe les toma.

Y para mejor inteligencia de todo lo dicho, ſe hàn de ſeparar Juridicamente dos contratos en cada venta que ſe hace: el uno entre el comprador, y el vendedor: y el otro entre el comprador, y el Bodeguero: entre los dos primeros ſe celebra contrato de compra, y venta, el qual queda perfecto, luego que ſe convienen en el precio, (esto es en quanto al peligro) porque yà aparecen los quatro requiſitos *Quid*, *Quale*, *Quantum*, *& pretium*,

Dada la libranza por el vendedor, y acceptada por el Bodeguero, queda perfecto el contrato en quanto al dominio, porque ſe conſtituye Guarda de aquel monton de trigo, en que tiene 200. fanegas el comprador, y 800. el vendedor: y como queda fundado, eſte es un modo legitimo de tradicion: y desde aqui nace el ſegundo contrato entre el comprador, y el Bodeguero.

Eſte es de locacion, y conduccion; porque como toda la utilidad de los Bodegueros conſiſte en la conduccion de los efectos que ſe guardan en ſus Bodegas, ſe obliga el Bodeguero à remitir las 200. fanegas, y el comprador à pagar los fletes; de ſuerte que quando el Bodeguero mide las fanegas que hà de remitir al comprador, obra por la repreſentacion de Cuſtodio, y Prepoſito de aquel monton por los dos contrahentes, de quienes tiene orden para ſeparar las 200. fanegas; y quando las remite, obra con la repreſentacion de Locador; y el comprador que recibe, no recibe como del vendedor, ni para conſumacion del contrato de compra, y venta, que eſſe yà quedò enteramente perfecto *per appoſitionem cuſtodis*, ſinò para conſumacion del contrato de locacion, y conduccion, la que ſe perfecciona, con la entrega de la carga, como es natural en toda vectura ad text. in leg. videamus 11. §. qui vinum 3. ff. locati, cum concordantibus.

De aqui es que la entrega que ſe hace en eſta Ciudad al Abaſtecedor, no es la que perfecciona el contrato

de

de empcion, y vendicion, como ſe hà querido entender de contrario, ni tampoco la remiſsion que hace el Bodeguero, es *nomine & repreſentatione venditoris*, ſinò propria, por lo que, la falta que hay en las fanegas, que ſe conducen, no es por cuenta, y rieſgo del vendedor, ſinò del Bodeguero, que debe hacer la remiſsion en ſacos bien acondicionados, y pagar la falta que huviere, como ſucede en todos los fletamentos *ad latè tradita* por Evia Bolaño comerc. Nav. §. fletamento.

Inſtan los compradores, à legando que los dueños de Navios ſe interponen con los Bodegueros para la remiſsion de la carga, y para eſto hàn preſentado un papel de Don Joſeph del Villar, como que eſto es obligacion del vendedor, para conſumar el contrato con la tradicion: A que ſe ſatisface que la prompta remiſsion de los trigos à los compradores, es utilidad de los vendedores por muy diſtinto camino, que el de la perfeccion del contrato: eſta conſiſte, en que ſi el Bodeguero en cuya Bodega deſcarga el Naviero, no remite con promptitud los trigos, tendrà menos compradores, y al contrario ſi ſe remiten con puntualidad, ſerà mas facil el expendio: Del miſmo modo es conveniencia del Bodeguero, tener gratos à los dueños de Navios; porque ſi no deſcargan en ſus Bodegas, les quitan el oficio: y por eſto es buen reſpeto para los Bodegueros el dueño de los trigos; y aſsi ſu interpoſicion, y inſinuacion para las remiſsiones, no tienen por objeto la perfeccion del contrato, que yà eſtà conſumado, ſinò el de locacion, y conducion, con un ruego que tiene veces de imperio, por la amenaza que embebe, *& quaſsi nudato ſuplicat enſe potens.*

Inſtan mas, con que ſi el Bodeguero no entrega todo el trigo vendido recurren los compradores al vendedor, y eſte ſanèa la falta, y para ello alegan el caſo de Don Franciſco Garvi, quien enterò la falta que havia havido en la remiſsion: pero ſe reſponde, que como el miſmo D. Franciſco declara no hizo la rebaja, porque eſtaba obligado

do à hacerla, ſino porque la falta fue en una Bodega de reſpeto, y amiſtad, y por obviar embarazos, y queſtiones le hizo la rebaja al comprador; pero eſto no funda, ni la imperfeccion del contrato en quanto al peligro, y el dominio; ni tampoco la falta de obligacion en el Bodeguero, porque desde que aceptò la libranza, ſe conſtituyò deudor de las 200. fanegas, Depoſitario, y guarda de ellas, y deſde entonces quedò libre el vendedor de la obligacion de la entrega, como ſucede en todas las libranzas: ley 3. C. de Novat. con lo que latamente expone en eſte aſſumpto el miſmo Evia en el §. Ceſsion 6. lib. 2. del Comercio terreſtre el Señor Olea, tit. 8. queſt. 2. y todos los demàs que recoge Dominguez al num. 5. de Evia: porque por la acceptacion ſe induce novacion del contrato, y eſta es una concluſsion, que à mi parecer carece de dificultad, y no neceſsita de fundarſe mas.

§. ERGO SI GREX EIUSDEM LEGIS.

ESte texto es conſequencia de la deciſsion antecedente, porque haviendo dicho el Juriſconſulto Gajo, *quod ſimiliter ſcilicet quæritur, & de his quę numero conſtant, ſi pro numero corporum pretium fuerit ſtatutum* reſponde bajo de la miſma diſtincion de quando la venta es *ad corpus, vel admenſuram*, y dice, *ergo & ſi grex venierit, ſi quidem univerſaliter uno pretio perfecta videtur, poſtquam depretio, convenerit: ſi vero in ſingula corpora certo pretio, eadem erunt, quę proxime tractavimus*; y la razon es la miſma, porque mientras no ſe cuentan las Cabezas de la manada, *non apparet pretium* aunque eſtè vendido el todo, y aſsi tampoco es aplicable eſte texto al caſo preſente.

§. SED ET SI EX DOLIARIO
ſequenti iuncta leg. 5.

§. SI V.G. DE PERIC. ET
comm. rei venditæ

LA especie, que se propone en este texto, se distingue en algo de la antecedente, y por esso empieza el Jurisconsulto, por las palabras *sed, & si*: reducese à preguntar, si se vendiò parte del vino, que estaba en la *Cella vinaria*, ò como nosotros decimos en la Bodega, v. g. 100. metretas, à quien pertenece el peligro? y responde, que al vendedor, sin la diferencia, que puso en el §. in *his*, de quando se vende todo por un precio, ò este se señala à cada medida, *sed & si ex doliario, pars vini venierit, veluti metretę centum, verissimum est* (*Quod & constare videtur*) *ante quam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere; nec interest utrum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit, an in singulas metretas.*

Lassarte de Gabell. cap. 5. num. 26. vers. *ubi* dice, que aquellas palabras *quod & constare videtur* quieren decir *minus dubium esse in hac specie, quam in pracedentibus.* Pero en mi juycio, no es este su sentido, porque esto estaba bastantemente explicado con el *verissimum*; y el *constare videtur* es por el §. Si v.g. donde està decidido el caso, y este solo tiene de particular, y distinto, el *in semel dictum, sit.*

Con este texto se puede argumentar de dos modos: el primero, en este caso aparecen los quatro requisitos *Quid*, en el vino, *Quale*, en su qualidad, (que se supone reconocida, pues no se tratò de su degustacion) *Quantum*, porque son 100. metretas, y su *Precio*, porque si se vendiò por uno solo, *in semel*, ya se sabe quanto es: y si se puso *in singulas metretas*, tambien se sabe, porque el numero es cierto: luego adhuc concurriendo los quatro requisitos, todabia no està perfecto el contrato en quanto al peligro, porque no està medido, *antequam admetiatur*: y aunque aparesca el *Quantum*, basta que no aparesca separado, paraque se pueda decir que *non apparet.*

El segundo: en esta hypotesi, es una venta de numero cierto, de todo cierto; es assi, que pereciendo este todo, perece al vendedor, y no al comprador: luego es falsa la doctrina.

Para

Para reſponder, ſe debe entender primero la palabra *Doliario*. Eſta como dice Verrucio en ſu lexicon verbo *Dolium*, citando eſte miſmo §. de que ſe habla, ſignifica el lugar, Cella, Horrèo, ò Bodega, donde ſe encierran los vaſos grandes, ò tinajas, en que ſe guarda el vino, derivado del ſubſtantivo *Dolium*, como *Roſarium* el lugar de muchas Roſas; *Pomarium* el de muchas frutas &c. Y por eſto lo miſmo es *Doliarium* como dice eſte Author, que *Cella vinaria* como en el §. Si v.g.

Paulo en la ley *66*. ff. de contrah. empt. hace memoria de eſtos Dolios, y de las Bodegas en que ſe encerraban, ò por mejor decir enterraban: *Dolia in horreis deffoſa, ſinonſint nominatim in venditione excepta*; *horreorum venditioni ceſiſſe videri*: lo miſmo Ulpiano en la ley 3. de tritico vino &c. Y en la ley 8. de inſtruct. & inſtrum. legato: de modo que eran como nueſtras Bodegas, que ſe componen de unas grandes tinajas enterradas en el ſuelo; y aſsi ſe vè bien que una coſa es *Dolium*, y otra el lugar donde eſtàn. Y Fabro mas claro, *id que eſt quod Cajus ponit ex Doliari partem dumtaxat vini venditam fuiſſe*, *ut intelligamus*, *aliud eum reſponſurum*, *ſi totum vinum quod erat in dolio venditum fuiſſet uno pretio conſtituto* donde una coſa es *Doliarium* ò *Doliare*, y otra *Dolium*, aunque no hà faltado quien quiera que *Doliarium*, ſea lo miſmo que *Dolium*.

Aſsi miſmo debe entenderſe que no ſe vendiò el vino de tinaja ſeñalada, porque abſolutamente ſe dijo que 100. metretas eran del vino que eſtaba en la Bodega, *ſed & ſi ex Doliario pars vini venierit*, y no dice que ſe vendiò *ex Dolio*, y aſsi *non apparebat de qualitate*, ni tampoco del todo cierto de que ſe vendia, por la diverſidad de las tinajas en que el vino ſe encierra, y fuè una venta de genero ſub alterno, como dice Fabro en el §. ſi v.g. *ibi hic vero de vino vendito in genere ad menſuram*, que es la miſma eſpecie del §. *ſed & ſi ex Doliario*; y no pudiendo ſer genero generaliſsimo, es preciſſo que ſea ſub alter-

ter-

terno; con lo que ſe ſatisface à las dos dificultades: à la primera ſe reſponde que aunque *apparet* de los tres requiſitos *quid*, *quantum*, *&* *pretium*, no aparece de ſu Qualidad, y aſsi no eſtaba perfecto el contrato.

Antonio Fabro dice, que la razon de no eſtàr perfecto en eſte caſo, es porque la venta fuè hecha *ad menſuram* pero conociendo la dificultad, y la diſcordancia que hacìa eſta Doctrina, con lo que havia dicho en el §. *in his*, por que aqui era cierto el precio; intentò evadirſe de ella por argumentos menos ſeguros à mi parecer, haſta que por fin concluyò diciendo, *maxime vero ſi deguſtanda vina fuerint*, que es la qualidad, y el requiſito que perfecciona el contrato, y como en la ley *ſi quis vina* 4. §. *Si averſione* 1. ff. de peric. & comm. dice el Juriſconſulto Ulpiano *difficile autem eſt, utquiſquam ſic emat, ut ne deguſtet*, y en la 1. quaſi *tunc pleniſsime veneat cum fuerit deguſtatum*; no conſtando de eſta condicion en el §. del argumento, ſe comprehende bien que allì faltaba el ſegundo requiſito de la qualidad, que contiene la ley *Neceſſario*, y por eſto eſtaba el contrato imperfecto, y el peligro en el vendedor, y aſsi juicioſamente añadiò Fabro el *maxime* que queda dicho.

Al ſegundo ſe reſponde que eſta no es venta de numero cierto de cierto, y determinado todo; porque como las tinajas, que hay en las Bodegas ſon muchas, y no ſe ſeñala qual es la de que ſe vende, y en una Bodega puede haver vino de diferentes calidades; aunque es cierto el numero, es incierto el todo de que ſe venden las 100. metretas, y aſsi eſtà el argumento fuera del caſo.

Puede replicarſe: aſsi como ſe hà una Oveja reſpecto de una manada, aſsi una tinaja reſpecto de todas las incluſas *in Cella vinaria*: luego ſi pereciendo toda la manada que fuè el todo determinado de que ſe vendieron las dos Ovejas en la eſpecie de la Doctrina, perecen al comprador; aſsi tambien quebradas todas las tinajas de la Bodega de que ſe vendieron las 100. metretas, pereceràn al comprador contra lo que el texto decide.

Pue-

Puedeſe conceder toda la replica ſin embargo del texto, porque no pone el daño en todo el vino encerrado en la Bodega, y el *omne periculum*, ſe refiere al todo del peligro, y no al todo del vino, y conforme à la doctrina, quando el daño es parcial, queda libre el comprador, y es del vendedor el peligro.

Al contrario, ſi todo el vino, que eſtaba en la Bodega ò Doliario pereciò; porque ſe quebraron todas las tinajas, ò dolios, de que ſe vendieron las 100. metretas; dirè, que eſte no es del caſo del §. *Sed, & ſi ex doliario*, ſino del §. *Si emptio* ya citado, y de la ley *jn ratione* 30. §. incertæ 5. ff. ad leg. falc. allì propone el Juriſconſulto Marcelo, que un teſtador dejò legada una alhaja de Plata à eleccion del legatario, y dice, que ſi perecio toda la plata labrada del teſtador, perece al legatario la alhaja *jncertę autem res relictę diſtintionem recipiunt. Nam ſi ex ſuis rebus incertam rem teſtator reliquiſſet, veluti argentum quod elegerit, & omne argentum teſtatoris interiiſſet ſine culpa heredis, nihil deberetur.*

Eſte texto no traen à conſideracion el P. Oñate, ni los demàs que ſe citaron en el primer fundamento, y à mi parecer es expreſſo, por eſta doctrina, y es concordante del §. Siemptio como, lo nota Accurſio en eſte lugar Gloſſ. Verb. *nihil deberetur*, aunque no lo hace en la otra gloſſ. citando à eſte, y por eſto ſin duda no lo vieron: viene pues hablando el Juriſconſulto, deſde el principio de la ley, del daño que ſobreviene à la herencia, y decidiendo quando pertenece al heredero, y quando al legatario, en quanto à la deduccion de la falcidia, ſentando primero por regla, que el daño que acontece à la herencia ſin culpa del legatario, no augmenta la quarta falcidia al heredero, aſsi como las acceſsiones, frutos y agumentos de la herencia no la diſminuyen.

Paſſa al §. 3. y dice, que eſto es verdadero quando el legado es de aquellas coſas, que conſiſten en peſo, numero, ò medida, porque ſi el teſtador legò diez Libras de

plata, de ciento, diez Ovejas de ciento, ò diez fanegas de trigo de ciento, aunque se pierdan cincuenta Libras de Plata, cincuenta Ovejas, ò cincuenta fanegas de trigo de las 100. que el testador dejò, no por esso augmentarà la quarta, asi como no la disminuyera, si estas cosas huviessen recibido incremento, y asi se habla en este §. de un daño parcial, no total, como se veerà luego, y como es deudor de Cantidad, y esta no perecciò, no puede sacar mas quarta por el daño que sobrevino, que la que sacaria sino huviesse havido tal daño

Pssa al §. 4. y dice, otra cosa es si se dejaron ciertos cuerpos: v.g. *Pecuniam quam in illa arca; vinum quod in illis dolijs; pondus argenti quod in illis horreis habeo*, por que si estos parecen, perecen al legatario, y si se deterioran, se sacarà de ellos aquella parte que se huviera sacado, considerada su estimacion al tiempo de la muerte del testador, ibi *si sine culpa heredis deperierunt, vel deteriora sunt facta, proculdubio aut nihil debebitur* (si perecieron) *aut eorum que extabunt, qualia erunt, ea portio debebitur quę per legem falcidiam eficiatur existimatione bonorum, quę mortis testatoris tempore fuerint*: y la razon es, porque aquel legado fue de especie cierta, y la quarta, quedò debida desde entonces, y se ha de sacar de lo que queda.

Passa al §. de que tratamos, y pregunta al contrario, esto es: *quid juris* si el cuerpo es incierto? y distingue dos casos, uno de genero subalterno, y otro de genero generalissimo; de otro modo, uno quando dejò cosa incierta de ciertas cosas, y otro en que puramente se dejò; el exemplo del primer caso es, quando el testador dejò de su Plata labrada, una alhaja la que escogiesse el legatario *ex rebus suijs argentum, quod elegerit*; del segundo, quando legò un marco de plata, ò una basija de dos marcos, que es el que pone la Gloss. Verb. relictum, y en el primer caso dice, que si toda la plata del testador perecìò, nada se debe; en el segundo, aunque toda peresca, se deduce la quarta, y dà la glossa la razon, *quod ergo in genere debetur, non potest perire.*

La

La decisſion de eſte primer caſo, es prueba clara, de que ſi ſe perdieſſe todo el vino que eſtaba en la Bodega, de que ſe vendieron las cien metretas, perecerìan al comprador, porque aunque el genero generaliſsimo *perire non poteſt*, el genero ſubalterno *poteſt perire* como ſe vè en eſte §. *Omne argentum teſtatoris interijſſet*, y el heredero ſe libra del legado, y los demàs bienes de la quarta, que perece al heredero, porque todo el genero ſubalterno pereciò; luego aunque ſe conceda que perdido todo el vino que eſtaba en la Bodega, perecen al comprador las 100. metretas, nada probarà el argumento contra el §. *Sed & ſi ex doliario*, porque allì no ſe trata de la perdida de todo el vino, ſino de parte de èl, como ya ſe dijo, y aſsi eſtàn acordes todos los textos.

Aun en la inteligencia de que *Doliario* ſea lo miſmo que *Dolium* como quiſo alguno, y aun parece que tambien Fabro, eſtaban concordes los textos. porque ſi las 100. metretas de vino, ſe vendieron *ex Dolio determinato*, y eſte pereciò todo, perecieron al comptador las 100. metretas vendidas; porque pereciò todo el genero ſubalterno, de donde ſe debian, conforme à eſte texo, y para eſto lo miſmo es que tenga mas ò menos extencion el genero, porque ſiempre ſe queda ſubalterno.

Ahora ſe entiende bien el §. *verùm* 3. de eſta ley que el daño padecido en las coſas que conſiſten en peſſo, numero, ò medida pertenece al deudor, que es el heredero, porque no es daño total, ſino parcial, y de lo que queda es deudor, como en el §. *ſi emptio* muerto Stico, es deudor de Pamphilo el vendedor, porque ſi todo huviera perecido, ni quedara deudor del legado, ni perderia la quarta correſpondiente à èl, ſegun la eſtimacion que tubieſſe al tiempo de la muerte del teſtador.

Tambien ſe entiende ahora mejor la doctrina del P. Oñate, y los demas que ſe hàn citado: porque en eſte texto ſe vè claramente, que aquella incertidumbre, que no llegò à certificarſe con la eleccion, porque antes de ella,

omne

omne argentum testatoris interijt, no hace para que el Acrehedor corra el peligro en la parte que le pertenece, y no el deudor, pero si hace, (y mucho) quando no es daño total. De suerte, que si todo perece, perece à los dos, segun lo que cada uno tiene en aquel todo; pero si perece parte, solo perece al deudor, y no al acrehedor.

Por esso Donello lib. 15. cap. 2. de sus Comment. despues de haver tratado en el cap. 1. del genero subalterno, empieza asi, *est ergo superiori proximum genus, cum res plures promittuntur, certę quidem & verbis assignatę, si perse singulę spectentur, sed promittuntur disjunctim; ex qua disjunctione res in eamdem incertitudinem electionis incidit*; notese *el eamdem incertitudinem*, para identidad, como quien dice lo mismo, es sin ninguna diferencia en razon de incertidumbre, quando se vende, ò promete Stico ò Pamphilo; quando se lega *argentum quod elegerit*, ò quando se venden cien amphoras de un Dolio, porque antes de la mensura, y antes de la eleccion, tan incierto es uno, como otro; en el contrato, ò legado alternativo, està la incertidumbre en el hombre, en la venta del genero subalterno està en la cosa, pero en haviendo incertidumbre, lo mismo es en la cosa, que en el hombre.

Esto es lo que dicen estos AA. que asi como la incertidumbre, que està de parte del hombre en la obligacion alternativa, produce el efecto, de que pereciendo las especies obligadas *successive*, ò *simul* antes de la eleccion, una perezca al comprador, y otra al vendedor, *unus enim utique, periculo emptoris vixit* como dice Paulo; asi pereciendo un todo de que se vendiò parte determinada, perece todo à vendedor, y comprador, segun lo que cada uno tenìa, como *si omne argentum testatoris interijsset, nihil deberetur*, pues en uno y otro caso es una misma la razon, *& res in eamdem incertitudinem electionis incidit.*

Esto mismo buelve à tocar Donell. en el lib. 16. cap. 1 trata allì de los modos de extinguirse la obligacion, y principalmente *de interitu & periculo rei debita*, y dice, que

que quando las cosas que se contienen en la obligacion son inciertas, ò generalmente debidas *ut modij frumenti decem, centum amphorę vini, decem bobes*, aunque *res omnes debitoris pereant, tamen dici non possunt illi modij frumenti decem, centum amphoræ vini, decem bobes quos debuit perijsse*, y da la razon *quia certos non debuit, eo que non suos magis quam alienos, sed generaliter & infinite ubi ubi illi fuerint, quos nansisci possit, postea, & dare*, y assi *rebus omnibus debitoris amissis, supersunt adhuc alieni, qui sunt innumerabiles*, esto es lo que se dice, genero generalissimo, y que *genus perire non potest*; pero quando es la obligacion de cosas ciertas, y determinadas, aun que sea incierta la que ha de quitar la obligacion, pereciendo todas, se libra el deudor, ibi cum *ergo de liberatione debitoris*, ob interitum rerum *eius quæritur, sciamus, questionem esset in eo, utrum quod perijt, debitum fuerit, nec ne, ut si fuit debitum, debitor liberetur; si non fuit, non liberetur*, con la ley *in ratione* §. *incertę* ff. ad leg. fal. esto es lo que se llama genero subalterno, que puede perecer, y pereciendo, se quita, y extingue la obligacion.

Todo me parece, que se prueba claramente con la ley Comprehensum 60. ff. de contrah. empt. sus palabras *Comprehensum erat lege venditionis, dolia 60. emptori accessura, cum essent centum invenditoris forte potestate, responsum est quæ velet daturum*, Y aquì Fabro, *non solum in alternativis electio est debitoris, sed etiam quando genus aliquod debetur, nam & qui generis debitor est, plurium rerum debitor est; atqui cum venditor in lege venditionis accessura dixit, 60. dolia, constituit se debitorem 60. doliorum, non in individuo, sed ingenere; nisi quod 60.* ex 100. quæ in infundo *erant promisisse intelligitur, non ex his quæ alibi essent, possunt autem eligi commodo de 60. ex* 100: *ergo quemadmodum si venditor illam aut illam rem vendidisset, ipsìus esset electio, utram venditam mallet, ita & cum vendidit 60. Dolia ex* 100. Veanse en este texto, y en su gloss. adequadamente parificados los dos modos

de venta alternativa, y de genero ſubalterno; de tal modo, que ſi los 100. dolios ſe huvieſſen quebrado, no tuviera obligacion el vendedor de entregar alguno, y perecieran los 60. al comprador.

Eſta regla, y doctrina es tan cierta, que en todas materias ſe verifica; ya lo hemos viſto en los contratos à que pertenece el §. *Si emptio*: en los teſtamentos à que toca el §. *Incerta*. Veamosla ahora en los matrimonios. En la ley 11. tit. 1. part. 4. Se propone que un Padre prometiò, y jurò à un hombre que le darìa à una de ſus hijas por muger, en lo que ellas (ya ſe vè) conſintieron: y dice, que eſtà en la eleccion del Padre, qual quiſieſſe dar; y què ſi el Padre llega à elegir, aunque el quiera otra, no puede preciſſar al Padre à que le dè la que el quiſiere, pero concluye con nueſtro caſo diciendo aſsi: *è ſi ante que el Padre ſeñalaſe alguna de ellas por dargela, ſe murieſſen todas, fueras una, maguer, que no huvieſſe voluntad de darle aquella, tenudo es de dargela, por cumplir la promiſsion que fizo*: y ſiendo cierto, que ſi murieſſen todas, quedarìa el Padre libre de la obligacion, ſe convence, que en todas materias es cierta la doctrina referida: veaſe ſu proporcion, y Juſticia: ſi el Padre elige, y el otro no quiere la elegida, queda libre el Padre. Si el hado le quitò al Padre la eleccion, y le quedò una ſola, aunque no quiera, eſtà obligado à darſela; pues eſto miſmo es lo que ſucede en las cien metretas; ſi ſe pierden todas las contenidas en el *Doliario*, ò *Dolio*, y ſolo quedan ſalvas ciento, aunque no quiera el vendedor, eſſas ha de entregar por *cumplir la promiſsion que fizo*, porque como digimos con la ley *Stichum aut Pamphilum* ff. de ſolut. aquel que queda de los dos, ſe debe del miſmo modo, que ſi el ſolo eſtubieſſe en la obligacion, y lo miſmo es en las 100. metretas, que no ſe pierden: luego pereciendo todo el vino que eſtaba en los dolios, ò en el dolio, perecen al comprador las 100. metretas, porque fuera injuſto, que quando quedan, ſe tengan por vendidas, *in ſpecie*, y no quando ſe pierden; de que reſulta, que para la verdade-

ra inteligencia del §. *Sed, & si ex doliario*, no se ha de poner todo el vino perdido, sino parte de èl, ò imperfecto el contrato, por la falta de la degustacion, que es la qualidad requisito precisso para su perfeccion como queda dicho.

LEY I. DE PERIC. ET COMM. rei venditæ.

EN este texto dice el Jurisconsulto Sabino, *prius quam enim admetiatur vinum proprie quasi nondum venit*: con cuya decision intentan probar, que mientras se mantiene mezclado el vino, es incierto qual es el vendido, y no puede haver peligro, dominio, tradicion, ni usucapion de cosa incierta ad text. in leg. *locus 26.* ff. *de acq. possess.* que es la misma razon que dà el P. Oñate, *ubi supra* num. 231. *in fin. ibi, quia non est certa res quæ emitur, sed admixta cum alijs eiusdem generis venditoris, nec in incerta re potest subiri periculum, aut commodum decerpi*: y como mientras las 200. anegas de la hypotesi nuestra, no estàn separadas del monton de mil, son inciertas; no puede correr el peligo el comprador.

Esfuerzan mas esta dificultad con la misma ley *Necessario* discurriendo asi; paraque estè perfecto el contrato en razon de peligro, es necessario, que aparesca *qual* es lo que se vende; es asi, que mientras estàn confundidas las 200. anegas en el monton de mil, no aparece *quales* son las vendidas, porque lo impide la commixtion: luego el peligro corre por el comprador. Sobre el requisito *quantum* hacen otras reflecciones que por no repetir, se tocaràn en otro lugar.

Corroboran esto mismo, preguntando quales son los granos del vendedor, y quales los del comprador? como tienen sus acciones reales sobre cada grano? como el Bodeguero iva escogiendo los granos de uno, sin dar los granos de otro? y què donde està la accion de vindicacion?

A esta dificultad se responde facilmente: y para mayor

yor claridad me parece congruente diſtinguir una incertidumbre *rei*, y otra incertidumbre *in re*: la incertidumbre *rei*, es quando es incierto ſi exiſte, ò no exiſte la coſa de cuyo dominio ò peligro ſe trata: la incertidumbre *in re* es quando la coſa es cierta, pero en la miſma coſa hay alguna incertidumbre, y eſta puede ſer de dos maneras. Una incertidumbre de parte cierta, y otra de incierta: todo eſtà contenido en la ley *locus*, donde ſe propone la eſpecie de parte de un fundo, de cuya Uſucapion ſe trata, y dice Pomponio, que ſi es cierta la parte *pro indiviſſo*, ſe puede uſucapir: pero ſi la parte es incierta, *nec traddi, nec capi poteſt, veluti ſi ita tibi traddam, quid quid mei Juris in eo fundo eſt*: ve aqui un cuerpo cierto, una parte incierta, y otra cierta: una en que ſe puede adquirir dominio, otra en que no ſe puede y ſobre eſta eſpecie de incertidumbre recae la razon del texto: *nam qui ignorat, nec tradдere, nec accipere, id quod incertum eſt, poteſt*: con lo que ſe verifica que puede haver poſſeſsion, y dominio en coſa incierta quando la incertidumbre es *in re*, pero no quando la incertidumbre es *rei*.

Aſsi miſmo es neceſſario entender el requiſito *Quale* porque como tiene dos accepciones, ſe padece grande equivocacion en eſta materia. Entiendeſe *Quale* primeramente por la qualidad del trigo contrahido à ſu eſpecie, ſi es bueno, ſi es malo, ſi es mediocre, ſi es blanco, ò ſi es prieto. &c. y eſſo ſignifica en la ley *Neceſſario*; y aſsi à la pregunta que las hijas de Jeruſalen le hicieron à la Eſpoſſa, *qualis eſt dilectus tuus*? reſpondiò eſta, *dilectus meus candidus, & rubicundus, electus ex millibus*.

De otro modo ſe entiende el *quale* en la fraſſe Caſtellana, y es quando recae ſobre la deſsignacion del Cuerpo ò ſujeto de que ſe trata; v. g. ſi ſe duda entre muchos como en la eſpecie de la ley *idem Pomponius* §. final (y otras concordantes) ff. de rei vindicat. *qual* ſea el ſiervo legado, en la que, aquel *qual*, no recae ſobre las qualidades, ſino ſobre el cuerpo è individuo; pero eſto nace de hiſpaniſar-

sarlo, porque una es la frasse latina, y otra la Castellana: en latin no diremos *qualis sit servus legatus*? sino *quis sit servus legatus*. Y assi en el texto citado dice Ulpiano *puta plures erotes, nec appareat de quo actum sit*, pero en nuestro Idioma diremos, *sino aparece de qual se tratò*, y assi este *qual*, concebido latina ò hispanicamente, influye mucho para la equivocacion.

Todo lo explica Justiniano en el §. *quod si frumentum* ticij en las ultimas palabras: *arvitrio autem Judicis continetur, quale cuiusque frumentum fuerit*: donde supuesto que el trigo no es comun, por no haverse mezclado *ex voluntate vtriusque*, y que no se puede separar, por que aunque *singula grana in sua substantia durent*, *est pene impossibilis* la separacion; dice, que el arvitrio del Juez estimarà qual era el trigo de cada uno; si este *qual* se entendiesse en la frasse Castellana, serìa un error manifiesto, porque el arvitrio del Juez, no puede hacer que aparescan los granos mios, y los de Ticio, porque esto solo està reservado à aquel, que *arvitrio nutuque regit terram que Polumque*, y que usando de este arbitrio, mandò dividir la tierra del agua, y que apareciesse seca, quando todo estaba mezclado, y confundido, y *unus erat totus naturæ vultus in orbe*.

Al contrario, si se entiende en la frasse latina, tiene su perfecta significacion en la qualidad de los trigos, la que estimarà el arvitrio del Juez para la divicion de esta manera: si el trigo de Ticio era de inferior condicion, y valìa quatro pesos; v.g. y el mio de mejor calidad, y valìa seis, vendida la fanega de este trigo mezclado por cinco ps. no partiremos igualmente Ticio, y yò, sino que aquel llevarà dos pesos, de los cinco, y yò los tres: y de este modo *arvitrio judicis æstimabitur, quale cuius que frumentum fuerit*.

Assi mismo se comprueba todo el discurso con la doctrina de Porthol. de Consortib. cap. 19. num. 1. donde hablando del Dominio en comun, que los consortes tienen

en la cosa *pro indivisso*; dice, que aunque ninguno de ellos pueda antes de la divicion, conocer su parte cierta, y determinadamente; en pero todos conocen ciertamente antes de la divicion, que toda aquella cosa es de todos, segun la parte que cada uno tiene: *nam licet nullus ex consortibus ante divitionem, determinate & certitudinaliter partem suam cognoscere posit; omnes autem consortes simul etiam ante divitionem, certitudinaliter cognoscunt rem totam esse suam*: lo qual sucede en todas las cosas comunes, y en que todos tienen dominio *pro indivisso*, en que la incertidumbre solo recae sobre el conocimiento, no sobre la cosa, ni sobre la parte de ella.

Pero mas literalmente se comprueba todo lo discurrido de ley Stipulationum 74. ff. de verb. oblig. donde sentando el Jurisconsulto Cayo, que las estipulaciones unas son ciertas, y otras inciertas, dice en el §. 1. *certum est quod ex ipssa pronuntiatione apparet, quid, quale, quantum que sit, ut ecce tritici, Africi optimi modij centum, vini, campani optimi, amphorę centum*, el *quid*, en el *tritici*, el *quale*, en el *optimi africi*, y el *quantum*, en el *modij centum*.

Passa Ulpiano à la ley siguiente, y saca esta consequencia, *ubi autem non apparet, quid, quale, quantum que est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est: ergo qui frumentum sine qualitate dari sibi stipulatur, incertum deducit in obligatione*, en cuyos textos se veè claramente la consonancia con la ley *Necessario*, en que estàn puestos por regla estos requisitos, y que sin embargo, de que no estèn separadas, ni medidas las 200. fanegas de nuestra especie, se pueden decir ciertas, y que en ellas se verifica el requisito *quale*, aunque no se puedan designar, ni discernir, de las 800. no vendidas.

Y porque el *apparet* de la ley *Necessario*, no se entienda en los termitos materiales de separacion, discernimiento, y designacion, paraque aparesca quales son en la frasse Castellana, se halla en las dos leyes citadas repetido el *apparet*, asi en la estipulacion cierta, como en la

in-

incierta, en cuyas efpecies es preciffo, que no aparefcan materialmente, fino en la obligacion, y en el contrato.

Pero aun mas eficazmente fe prueba con efta reflecion, fi el *appareat* de la ley *Neceffario,* contrahido al *quale*, importara una feparacion, que redujeffe la cofa à una certidumbre individual, effe mifmo *appareat*, contrahido *ad pretium*, importara lo mifmo, porque *determinatio refpiciens plura determinabilia*, *omnia pariformiter determinat*, ley *iam hoc jure*, ley *Lucuis* ff. de vulg. cum concordantibus, y como el *appareat*, determina todos quatro requifitos, del mifmo modo, que para la perfeccion del contrato, fe requiriera, que aparecieffe el *quale* feparado, afsi tambien fe requeriria para la perfeccion, que aparecieffe el *quanto* del precio, feparado del caudal del comprador: es cierto, que no fe puede decir, que fe requiere la material fircunftancia del precio, y confignacion real de las monedas *in individuo*, porque el contrato queda perfecto, *quamvis non dum pretium numeratum fit*: luego aunque no aparefca qual es el trigo feparado, y de modo que fe redufca à efpecie individual, queda perfecto el contrato; y afsi como bafta que aparefca el precio en una Cantidad cierta, debida, y que no admita mas, ò menos; afsi tambien bafta, que aparefca una quantidad vendida, que no admita mas, ni menos, como en las 200. fanegas, que ni pueden fer 199. ni 201. como en la efpecie de la ley penultima §. *Si Dolia* ff. de act. empt. & vend. lo advierte Fabro, *at is qui vendit*, *aut fundum cum* 80. *Dolijs aut* 80. *Dolia*, *reftringit fe ab jnitio*, *ad numerum fpecificum*, *qui augeri nunquam poteft*. *nunquam enim facias ut* 80. *Dolia*, *fint* 100.

Efto que hemos dicho ferca de la qualidad, milita igualmente ferca de la quantidad, efto es, que no fe necefsita de que el *quanto*, eftè reducido à efpecie, por la circunfcripcion, y feparacion, paraque juridicamente fe verifique, que *apparet quantum venierit*, porque como el *apparet*, es el determinativo de todos los quatro requi-

fi

ſitos, è igualmente determina el *quanto*, que el precio, aſſi como verdaderamente ſe dirà, que *apparet pretium*, aunque eſte no eſtè ſeparado, y reducido à eſpecie, y cuerpo determinado; aſsi tambien ſe dirà verdaderamente, que *apparet quantum*, aunque no eſtèn ſeparadas las 200. anegas, porque deſde el principio del contrato, ya ſe ſabe, que ſon 200. no aſsi quando ſe vende el monton *ad menſuram*, como en el §. *In his*, porque entonces non *apparet quantum*, mientras no ſe mide, como que la menſura es la que ha de determinar la quantidad, y al miſmo tiempo el todo del precio.

Aſsi la condicion, que dicen los tres JJ. CC. que ſe induce por la menſura, es porque de ella pende la determinacion del *quanto*, y del *precio*, y como quando la venta ſe hace bajo de eſta condicion *quanti ille æſtimaverit*, es el contrato condicional. De ſuerte, que ſi ſe purifica la condicion, *quia is qui nominatus eſt, pretium deffinierit, venditio ad effectum perducitur*, pero ſi eſte, ò no quiſiere, ò no pudiere definir el precio, *pro nihilo eſt venditio quaſsi nullo pretio ſtatuto*, como dice Juſtiniano en el §. *Pretium* 1. inſtit. de empt. & Vendit. aſsi quando la venta ſe hace *ad menſuram* de un monton, cuya quantidad ſe ignora, ſe confiere el precio de la venta, en la determinacion de la menſura, y ſiguiendoſe eſta, *contractus ad effectum perducitur*, pero ſi no ſe puede medir, y por eſto no ſe difine el precio, *pro nihilo eſt venditio quaſsi nullo pretio ſtatuto.*

Eſta es la condicion, que los JJ. CC. dicen, eſta es la poteſtad, y virtud de la menſura, ella es la que determina el *precio* por el *quanto*, por eſſo queda ſuſpenſa la perfeccion del contrato, haſta que ſe mida, ò no; y por eſſo es la condicion *quas admenſus eris*, porque ſolo las medidas, ſon las que determinan el precio.

Eſto me parece que ſe convence con eſta refleccion. Vendiòſe un monton de trigo de incierto numero de fanegas *ad menſuram*; midieronſe de èl, 500. y quedò todabia

mu-

mucho reſto en el monton: es cierto en eſte caſo, que pereciendo las 500. perecen al comprador, como del miſmo modo, pereciendo el reſto del monton, pereceria al vendedor: pregunto ahora: en que conſiſte, ò porquè, que aquellas 500. medidas pereſcan al comprador? y me parece, que no hay otra razon, que la de que con la menſura de ellas, quedò determinado ſu precio; el podia ofrecer, y el vendedor pedir: conque no es à otro fin la menſura, que à certificar el precio: luego ſi eſte eſtà certificado desde el principio, porque ſe ſabe, que 200. fanegas à cinco ps. importan mil ps. no es neceſſaria la menſura para la perfeccion del contrato; porque ſi todo ſu objeto es certificar el precio, y eſte ya eſtà certificado desde el principio, es ocioſa la menſura, y aſsi dice muy bien Torniola, que la menſura, que ſirve para demoſtrar la Cantidad, es la que declara al miſmo tiempo el *quanto* del *precio.*

Si ſe reſponde, que no es eſta la razon adequada, ſino porque luego que ſe miden, aparecen las que fueron vendidas, me parece, que no es razon ſolida, ſino ridicula: porque eſſas miſmas 500. fanegas antes de medirſe, aparecian en el monton comprado, y la ſeparacion, y menſura no las hace otras, porque las miſmas ſon deſpues de medidas, que antes de medirſe, nada ſe les añade mas, que la certidumbre del numero, y eſto paraquè ſirve? *ut appareat quantum ematur*, como, dice Paulo, y paraquè es neceſſario, que *appareat quantum ematur*, quando la venta es *ad menſuram*? reſponde el P. Gibalino, *ut ſciatur vino ad menſuram vendito, quantum emptori perierit, qui pro eo, quo admenſum fuerit, pretium debet*, que mas claro? luego ſiempre venimos à parar, en que la menſura no es para otro fin, que el de certificar el precio.

Mas clara, y demonſtrable es eſta otra refleccion. Si un monton de trigo, ſe vende *ad corpus*, y *per averſionem*, ò como noſotros decimos *à ojo* en un precio; no es neceſſaria la menſura, paraque quede perfecto el contrato, *ſimul atque de pretio convenerit*: pues pregunto, no es el

 tri-

trigo menſurable? es cierto: no puede haver mas, ò menos de aquel concepto, que ſe hizo *à ojo*? tambien lo es: pues porque no ſe requiere la menſura? porque ha de ſer? ſino porque ya el precio es cierto, y ya los contrahentes lo conſtituyeron en el principio, y no puede ſer mas, ni menos, haya menos, ò mas del trigo que ſe concibiò; y como la menſura no ha de determinar el precio, no es meneſter menſura: luego ſi quando ſe venden 200. fanegas à cinco ps. es cierto el precio desde ſu principio, y eſte no ſe puede augmentar, ni diſminuir, y lo que mas es, que ni aun las 200. anegas pueden ſer mas, ni menos, como pueden ſer menos, ò mas las que ſe concibieron en el monton, que ſe vendiò *per averſionem*; ſe ha de confeſſar, que para la perfeccion del contrato en eſte caſo, no es meneſter llegar à la menſura, y que desde el principio, quedò perfecto en quanto al peligro, porque desde entonces aparecieron igualmente los quatro requiſitos *Quid*, *quale*, *quantum*, *&* *pretium*.

Ninguno con mas claridad, ni con mas conſicion, que Don Sebaſtian Antonio de Ortega, en la expoſicion de los ocho libros de Pithanon, en la ley final ff. locat. à num. 25. explicò todo lo perteneciente à eſta materia, è inteligencia de los textos, que conducen à ella. *Si vinum* (dice) *forte omne, quod ſit in aliqua Apotheca, vel doliario, ad menſuram ſit venditum, ante menſuram, liberari nullo modo debitor poteſt: etenim menſuræ conventio uniberſo corpori appoſsita, & in futurum relata expreſſe, vel tacite, facit conditionem in quantitate.*

Noteſe en eſtas palabras, lo primero, el *vinum omne*, que es la eſpecie del §. *in his*, que immediatamente cita. Noteſe lo ſegundo, *Apotheca vel doliario*, que es lo miſmo que ſe hà dicho, ſer lo proprio *doliario* que *Bodega* ò *Apotheca*, noteſe lo tercero, el *facit conditionem in quantitate*, para que la condicion ſolo mira à la quantidad que eſtà *in pendenti*.

Proſigue al num. 26. *ſin autem centæ Amphoræ vini, ex aliqua Apotheca, emptæ ſint etiam menſuræ conven-*

tio

tio, facit conditionem exnatura rei, in quidditate, non in quantitate, ut scilicet sciri posit, quid emptum sit; itaque si vinum pereat, sed non omne, dummodo centum Amphora supersint, illę emptę permanebunt. Argumento text. in leg. *si in emptione* 34. §. *si emptio* ff. de contrah. empt. *textus sic intelligendus in dicta lege quod sape* §. *sed & si ex doliario* ff. *eodem*: *sin vinum omne, aliquo fortuito casu sit effusum, emptor pretium solvere cogitur, nam verum est cum uniberso corpore, quantitatem emptam peremptam fuisse, seclussa degustationis conditione, quod semper in his speciebus ponendum est, textus qui nulla arte effugi potest in dicta lege* 34. §. *si emptio*; este es el todo de la letra de este numero, notense ahora sus partes.

Lo primero: *Centum Amphora vini ex aliqua Apotheca.* Esta es la especie del §. *sed & si ex doliario*, como luego lo cita: notese lo segundo, *mensura conventio facit conditionem ex natura rei in quidditate, non in quantitate, ut scilicet sciri posit, quid emptum sit*, porque supone que haviendo muchas especies de uino en la Bodega, no cae la condicion sobre el *Quantum*, porque ya se sabe que son *centum Amphorę*, sinò sobre el *quid*: Bien es verdad que yo no me explicarìa asi, sinò dijera, *facit conditionem in qualitate, non in quantitate*, porque siempre es vino el que se compra, sea qual fuere: lo tercero, *itaque si vinum pereat, sed non omne, dummodo centum Amphorę supersint, illę empta permanebunt*, es lo mismo que dejamos dicho en la venta alternativa de Stico ò Pamphilo con el §. *si emptio*: lo quarto *textus sic intelligendus in dicta lege quod sape* §. *sed & si ex doliario*, pues como dije en su lugar, este texto no se hà de entender, quando todo el vino se pierde, sinò parte de èl: lo quinto *sin vinum omne, aliquo fortuito casu sit effusum, emptor pretium solvere cogitur; nam verum est cum universo corpore, & quantitatem emptam peremptam fuisse, textus qui nulla Arte effugi potest, in leg.* 34. §. *si emptio ff. de contrah. empt.* esta es à la letra la doctrina del Padre Oñate, y los de-

mas

mas, y nueſtro miſmo caſo en terminos terminantes; y lo miſmo contexta en el §. fin: de la ley ſi ſervus de contrah. empt. num. 18. donde hablando de los 80. dolios vendidos, dice *in ſuperiori autem ſpecie, venditor ex dolijs integris eligere debet, vel ex corruptis, & quaſsis, ſi omnia fracta ſint*, citando à Pancorbino en la obſervacion 64.

Supueſto todo lo referido, ſe ſatisface adequadamente à la dificultad: y à lo primero, de que no puede correrſe el rieſgo en coſa incierta; ſe reſponde, que quando la coſa es cierta, y ſolo hay de incertidumbre, el conocimiento, y diſtincion, que ha de producir la divicion, no es incierta la coſa en que ſe corre el rieſgo; aſsi como la coſa comun perece à los conſortes, ò conſocios, y con todo eſſo, antes de la divicion, *nullus ex conſortibus determinatè, & certitudinaliter partem ſuam cognoſcere poteſt*; que es lo que ſucede en el caſo preſente, que aunque el comprador no pueda conocer ſus 200. fanegas en el monton de mil, antes de la divicion, *attamen* èl, y el vendedor *certitudinalitèr cognoſcunt, totum acervum eſſe ſuum.*

A lo ſegundo ſe reſponde, que aun quando eſtàn mezcladas las 200. fanegas con las 800. aparece qual es lo que ſe vende, y quales ſon las 200. anegas vendidas, hablando en la fraſſe de los Juriſconſultos, porque aparece de las qualidades del trigo, que ſe vendiò; y aunque en la fraſſe Caſtellana, no apareſca quales ſon, por tener diſtinta inteligencia la palabra Qual, no ſe ha de governar la perfeccion del contrato, por el ſentido de otro Idioma, ſino por la virtud, y energìa de aquel, en que ſe diò la regla; y aſsi dirèmos, que quando eſtàn mezcladas las 200. con las 800. el modo de aparecer quales ſon las vendidas, es por el numero, y por la parte, que tienen en el monton el comprador, y el vendedor: de ſuerte, que uno y otro *certitudinaliter cognoſcunt ante divitionem, totum acervum eſſe ſuum*, ò como dice Vinio en el §. *quod ſi frumentum* verſic. *in rem actio*, donde poniendoſe el argumento, reſponde *ſatis enim deſsignari videntur grana petita,*

hoc

hoc ipso quod designantur, certo loco, atque acervo, contenta, & circunscritpa.

A la pregunta, de *quales* son los granos del vendedor, y quales los del comprador, se responde; que si el *qual* se entiende en frasse de los Jurisconsultos, se dirà, que su calidad es la misma, que reconociò el comprador antes del ajuste, y si en la frasse Castellana, se dirà, que los que componen las 200. fanegas vendidas, pero que su individual conocimiento no influye, ni à la perfeccion del contrato, ni à la translacion del dominio, porque los consortes lo tienen, y no obstante *nullus ex consortibus ante divissionem, determinatè, & certitudinaliter, partem suam cognoscere potest.*

A la pregunta de como tienen sus acciones reales, sobre cada grano? y donde està la accion de vindicacion? se responde, que como los consortes tienen sus acciones reales en la cosa comun, assi el comprador, y el vendedor en el monton de trigo, esto es, cada uno por su parte, *pro indivisso*; y si el trigo no se concibiesse comun, responde Justin. en el §. *quod si frumentum*: *Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cuiusque competit.* Vease ay la accion *in rem* en el trigo mezclado.

Ultimamente, à la pregunta de como el Bodeguero iba escogiendo el grano de cada uno, sin dar los granos del otro? se responde, que en el monton del trigo de mil, tienen todo el dominio el comprador, y vendedor, el uno por 200. y el otro por 800. fanegas, y quando se saca parte por el comprador toda essa parte pertenece à los dos rata, por cantidad, pero el vendedor renuncia el dominio que tiene, en aquella parte que se saca, y de comun passa á ser particular, y queda con menos parte en aquella comunidad, y compañia, y el comprador renuncia igualmente el dominio, que tenia à todo el monton, por la parte que saca, hasta que extrahidas todas las 200. anegas, queda el vendedor con las 800. y con 200. el comprador

prador, y con la mutua renunciacion de los dominios, ſe hace la diviſsion ſin milagro, ni dificultad, y entonces ſe conocen los granos, que particular, è individualmente pertenecen à ſu dominio, y antes pertenecian al miſmo dominio en confuſſo, y pro indiviſſo.

RESPONDESE A ANSALDO
de Anſald. diſc. 8.

EL caſo, que ſe propone en eſte diſcurſo es: que Lorenzo de Anſald. y Cozme Milaneſio, compañeros en un banco de Liorna, compraron de Antonio Huygèns, 2000. ſacos de trigo por medio de Corredor, como es coſtumbre, y en el libro de eſte ſe hallò la partida del thenor ſiguiente.

Vende el Señor Juan Antonio Huygens, à los Señores Anſaldo, y Milaneſio, 2000. ſacos de trigo, ò los que huviere en el *Almacèn à* 21. *Libras cada ſaco, plazo de un mes de reſguardo, aſsi para recibir, como para la paga.*

Aſsi tradujo el P. Fernando Conoſciuti las ſiguientes palabras que eſtàn al numero 1. del Diſc. *Vende il ſign. Gio Antonio Huygens à ſignori Anſaldi, è Milaneſi, ſaca* 2000. *ò quelli ſaranno, di grano in Magazzino, à lire* 21. *il ſacco, tempo un meſe di reſpeto, tanto per recibere, che per il pagamento, &c.*

El vendedor diò à los compradores libranza contra el Guarda Almacenero, ò Bodeguero, paraque entregaſſe el trigo, y con efecto le reconvinieron con ella los compradores, y en ſu execucion entregò el dia 29. de Diciembre 350. ſacos, y el 30. otros 300. pero el dia 10. de Enero ſe refugiò el Guarda en la Igleſia, con el motivo de que le havia faltado el trigo, y de aquì naciò la queſtion, *Utrum* el peligro de eſte trigo tocaba à los compradores, ò al vendedor.

Eſte Author funda desde el num. 2. del diſc. 7. que el peligro es de cuenta del vendedor, por haverſe hecho

hecho la venta *ad mensuram*, y distribuido su precio à cada saco, como parece de aquellas palabras à 21. *libras el saco* segun la ley *quod sæpe* §. *in his* ya citada, y que aunque havia dado el orden paraque entregasse el Guardia, no es lo mismo mandar entregar, que hacer la entrega.

De este discurso passa al 8. en que intenta confutar à Manso en la Consult. 5. à quien nota no haver penetrado bien el sentido, letra, y razon, del citado §. *in his*, y en el num. 5. dice, que toda la diferencia consiste en que el precio se ponga à cada medida, ò à todo el cuerpo, y no como entiende Manso, poniendo la distincion, entre quando se vende todo el trigo, y quando se vende alguna parte: de suerte, que quando el precio se pone à cada saco, se entiende hecha la venta *ad mensuram*, y hasta que se miden, y numeran, no està perfecto el contrato, y dà la razon, que asi como hecha la venta *per aversionem*, nada resta para la perfeccion del contrato; asi quando el precio se distribuye en cada saco, no queda perfecto, mientras no se numeran, y la razon de esta razon es, por que mientras no se numeran està incierto el precio, por que pueden ser mas, ò menos los sacos, à cuyo fin se refiere à Antonio Fabro, en el lugar arriba citado.

Ya se veè la discrepancia, que hay entre el hecho de la doctrina, y el presente, porque aquel es de una venta de 2000. sacos, ò los que fuessen, y este es de 200. fanegas que es numero cierto, y determinado, aquel està en los terminos del §. *in his*, porque à las palabras de 2000. sacos, ò los que fuessen, corresponden aquellas, *si omne frumentum quantumcumque esset*, y este es de venta de numero cierto: y por esso en la explicacion de este texto dije, que en la segunda hypotesi de la venta *ad mensuram*, se entendia, que era vendido todo el trigo, y asi la diferencia, y principal distincion de este texto consiste, en que en el primer caso se vende todo el trigo por un precio, y entonces *ea servantur, quæ in cæteris*, es venta *ad corpus*, & *venditur ut res*, & *per aversionem*: en el segundo se vende

esse

esse mismo todo de trigo, pero no por un precio, sino distribuydo en cada medida, y entonces se dice *ad mensuram* porque de esta depende la certidumbre del precio, que es la misma razon que dà Ansaldo con la doctrina de Fabro, con que este numero 5. està tan lexos de ser contra nosotros, que antes es à favor, en quanto se vale de la razon de Fabro, y como alias se verifican los requisitos de la ley *Necessario*, se manifiesta estar en los terminos de esta, y del §. *si emptio* 6. de la ley *si in emptione* 34. y no del §. *in his*; con que no se hà de preguntar la question si esta venta es *ad corpus*, ò *ad mensuram*, si se puso el precio al todo, ò se distribuyò en cada fanega, que son las especies del §. *in his*, y de todos los demàs textos que hablan de la venta hecha *per aversionem*, y *ad mensuram*, sinò unica, y precissamente, de la venta de numero cierto, de monton cierto, y determinado, y para esto en nada conduce ni la consult. 5. de Manso, ni los discursos 7. y 8. de Ansaldo, porque son en distintos, y distantes terminos.

Tambien està conforme con nosotros todo el concepto del discurso, en quanto à que esto fuè venta hecha *ad mensuram*, y no *per aversionem*, de que resulta, que en solos los 650. saccos, que se midieron por el Guardia, se purificò la condicion del contrato, que es el *quas admensus eris* del §. *in his*, porque como tengo dicho en la parte, que se pierde antes de medirse, no puede certificarse el precio; y como en el caso de este Authòr, no eran 2000. saccos los vendidos definidamente, sinò estos ò los que fuessen, precissamente havian de perecer al vendedor; los que no estaban vendidos; otra cosa serìa, si fuessen los saccos 2000. definidamente; que entonces perdido todo el trigo, pereceria al comprador la parte comprada en el trigo perdido, porque como dice Ortega, *verum est cum universo corpore, & quantitatem emptam peremptam fuisse*; pero como en el caso no havia quantidad determinada, porque quien la havia de determinar, era la mensura, y perdido todo, no hay que medir; tampoco hay por donde determinar el precio,

De

De aquì es que la verdadera inteligencia del §. *in his*, ni consiste solo en lo que dice Manso, ni solo consiste en lo que dice Ansaldo; no consiste solo en lo que dice Manso, porque bien se puede vender el todo; y ser la venta *ad mensuram*, porque quando *nec per artem geometricam*, se puede saber el *quanto*, es precisso, que lo determine la mensura, para que por el *quanto*, aparesca el precio, y que este caso puede darse, y de hecho se dà, lo diremos despues, quando se trate de la doctrina de Baldo, aunque tambien se puede verificar que sea *ad mensuram* quando se vea, que Baldo extendiò la doctrina à un caso no comprehendido en la decision de los JJ. CC. pero sì, incluydo en su razon.

No consiste solo, en lo que dice Ansaldo, porque no basta, que se ponga el precio à cada medida, para que se diga ad mensuram, porque quando las medidas son ciertas, y determinadas, no se suspende la perfeccion del contrato hasta la mensura; porque como esta se dirige solo al fin de determinar el *quanto* del *precio*, y quando el numero es cierto, este es el que lo determina no hay necessidad de que se mida para que estè perfecto el contrato, y assi desde luego corre el peligro el comprador, como en el §. *si emptio*, y en el §. *in certe*, y por esto pereciendo el todo, perece à èl al comprador la parte vendida, por lo que discurro que ni uno ni otro le dieron à la ley su verdadero sentido.

El caso de Manso en quanto al modo de la venta frisa con el del Ansaldo, porque se vendieron 1100. sacos poco mas ò menos, ò los que fuessen, de trigo, por el precio de 20. libras el saco, que esso quieren decir aquellas palabras Toscanas que estàn al principio de la consulta ibi *sacca* 1100. *in sirca, ò quelli saranno, di grani, per il prezzo di lire* 20. *il sacco*. Y assi es distante, y diverso del presente, aunque su decision favorece mucho à los Navieros, por ser en terminos mas estrechos.

Pero sin embargo se pudiera hacer mas fuerte argumento con este, que con el otro Author, porque al nume-

ro 13. verſic. *Quo enim*, (dice) *aut enim venduntur certæ Amphoræ vini ex pluribus in quodam cellario exiſtentibus, vel modij mille tantum frumenti ex maiori ſumma in horreo contenta, & tunc ante menſurationem factam, non dicitur venditio perfecta quoad periculum*: De que ſe puede inferir que aunque la venta ſea de numero cierto, de monton cierto, y determinado, no eſtà perfecta la venta en quanto al peligro, contra la doctrina del Padre Oñate que ſe apuntò al principio, y los demas,

Pero à eſto ſe reſponde lo primero que no conſta en eſta doctrina de la qualidad, porque ſolamente ſe venden mil anegas del trigo encerrado en la Bodega, y el reconocimiento de ſu qualidad, havia de ſer al tiempo de la menſura, pues no ſe havia hecho antes, y por eſto no eſtaba perfecto el contrato.

Reſpondeſe lo ſegundo que ni la gloſſ. de la ley 2. CC. de peric. & comm, rei venditæ, ni la ley *Neceſſario*, contienen eſta eſpecie, y ſiendo eſtos los textos en que ſe funda, y no haciendoſe cargo de la ley *ſi in emptione* §. *ſi emptio* yà citado, ni de la ley *jn ratione* §. *jncertę*, no puede entenderſe la doctrina del caſo preciſſo de venta de numero determinado, de monton cierto, y en los terminos en que proceden el P. Oñate, y los demas, y aun ſiendo mas terminante para eſta doctrina el §. *ſed & ſi ex doliario*, y la ley 5. §. 1. de peric. & comm. rei venditæ, nos lo trae para comprobarla, argumento ſeguro de que no procede en eſtos terminos, ſino que habla de una venta de genero ſubalterno, de cuya calidad, y deſignacion del monton no conſta, ſobre que me remito à lo dicho en el citado §. *Sed*, y à lo que dirè deſpues, y finalmente, que en eſto hablò el Author *per tranſcenam*, y no *ex profeſſo*, como los demas, porque no era eſte el aſſumpto de ſu empeño.

CONCUERDASE AL P. OÑATE,
Ubi ſupra n. 231. cum n.
234. verſic. quando.

Dice

DIce este Author en el num. 231. *Si rex ad mensuram veneat, hoc est, tot mensure, vel pondera, vel talis numerus indeterminatè sive de certo, & assignato corpore, sive de quocumque vage, usque ad mensurationen, periculum & commodum rei empte, venditoris est*, donde se ha de notar el *certo, & assignato corpore*, para compararlo en el num. 234. versic. *quando*, *ibi*: *quando res ad mensuram venit, sed ex certo toto, v.g. dua oves de grege, due amphore de dolio, si omnes pereant, due dite pereunt emptori*: parece clara la contradicion, porque en el primer num. *periculum est venditoris*, y en el segundo, *pereunt emptori*.

Concuerdanse respondiendo, que en el num. 231. habla del daño que sobrevino al todo en parte, y en el versic. *quando*, del daño en que se perdiò el todo, de que se havia vendido parte, que es la doctrina del mismo Author, y de los que cita, pues como queda dicho en el primer fundamento, quando antes de la mensura, se pierde parte del todo vendido, perece al vendedor la parte perdida, quedando obligado à entregar al comprador la parte vendida, y de este modo se concuerdan uno, y otro lugar, porque de lo contrario fueran opuestas la 5. y la 6. conclusion de este Author, que estàn en los citados numeros; con la refleccion de que el versic. *quando* es ampliacion de la conclusion 6. del num. 234. remitome tambien à lo que dirè despues.

EXPONESE LA LEY 24. tit. 5. partida 5.

HAviase dicho en la ley 23. antecedente, que perfecto el contrato de venta, pertenece al comprador el provecho, ò daño de la cosa vendida, y en esta dice el legislador, que hay cosas en que esto no sucede, porque si son de aquellas, que se gustan antes de comprarse, y se venden por peso, ò por medida, y se perdiessen, ò empeorassen, antes de ser gustadas pessadas, ò medidas, *estonce serìa el peligro del vendedor, è non del comprador, maguer fuessen*

am-

ambos avenidos en el precio; pero que despues de gustadas, pesadas, ò medidas pertenece el peligro al comprador, quedando decidida la question antigua, sobre si es necessario gustar, y medir *simul* las cosas gustables, que se venden *ad mensuram*, ò si basta solo gustarlas, ò medirlas de qua P. Molina disp. 366. num. 8. Vinio, y otros.

Que esta especie, sea venta de genero subalterno, ella misma lo dice, y el Señor Gregorio Lopes, en la gloss. 1. ibi *intellige, quando venditur in genere subalterno*, y lo mismo Hermoss, gloss. 1. num. 2. por lo que su concordante de el derecho civìl, es la segunda especie del §. *in his* versic. *quod si vinum*, pero no se habla en este texto de la venta que se hace de num. cierto, de monton cierto, y determinado; que pereciò todo, que es nuestra especie.

Passa la ley mas adelante (*retenta eadem specie* de venta *ad mensuram* de genero subalterno) y dice, que si se aviniessen el vendedor, y el comprador en el precio, y señalassen dia paraque la cosa vendida, se midiesse, si el comprador no viniesse al dia señalado, y despues de este se perdiessen, ò menoscabasse la cosa, el peligro serìa del comprador, y que si no señalassen dia, puede el vendedor reconvenir al comprador delante de testigos paraque vaya à medir, y si no lo hiciere desde entonces corre el peligro el comprador, puede vender la misma especie à otro si quisiere por cuenta de este, y si fuere vino derramarlo, midiendolo primero, para saberse quanta es la cantidad.

Nada de esto conduce al caso presente, porque no estamos en los terminos de la ley, sino de una venta de cantidad cierta, de todo cierto, y determinado, cuya mensura no es necessaria, ni aun para la translacion del dominio, pues como queda dicho *sufficit apositio custodis*, paraque haya tradicion capaz de transferirlo.

Pero aun quando no estubiessemos en terminos tan precissos, tampoco se adaptarìa esta ley, porque esta procede como todas las demas concordantes del derecho comun, quando solo se tratò de la venta, y no se passò à

la

la tradicion, pero en el caſo preſente, no ſolo quedò perfecto el contrato en razon del peligro, ſinò ſe paſsò al acto de la tradicion de parte del vendedor, dandole la libranza al comprador, para que ſe le entregaſſen las 200. fanegas en aquel miſmo dia, porque las libranzas ſon puras, *& quod pure debetur, ſtatim debetur* ad text. in §. *Omnis ſtipulatio* inſtit. de verb. oblig. ibi, *id que confeſtim peti poteſt*; con que eſtariamos en el caſo de haverſe ſeñalado dia para la tradicion que es el miſmo de la fecha de la libranza, en virtud de la qual, pudo el comprador pedir *ſtatim* las 200. fanegas, y que no haviendolas pedido *ſtatim*, entra la deciſsion de la ley, de que *ſi el comprador no vinieſſe aquel dia que ſeñalaron, è deſpues de eſto ſe perdieſſe, ò menoſcabaſſe, entonces ſeria el peligro del comprador.*

Y porque no ſe dude que la libranza es tradicion de las 200. fanegas vendidas, veaſe à Donello en el lib. 4. cap. 17. en el verſic. *traddere*, final: allì explica la tradicion de varios modos: el primero *traddere, eſt rem cedere alteri*, el ſegundo *facere ut poſsidere, aut tenere poſsit is, apud quem, eius rei poſſeſsio non fuit*, el tercero, y mejor, *facere alteri poteſtatem capiendi, tenendi quæ eius, cuius ille deinde pro ea poteſtate, ſi velit nanſiſcatur*, y proſigue que no ſolo ſe entiende tradicion, la que es translacion de mano à mano; porque las coſas immuebles, no ſe entregan aſsi, y con todo, ſedà en ellas verdadera tradicion: y deſpues concluye *atque hęc permiſsio verè & proprie tradditio dicitur.*

Quien podrà dudar que la libranza es una ceſsion que ſe hace al comprador de las 200. fanegas? quien negarà que por la libranza hace el vendedor que pueda tener el comprador la poſſeſsion que antes no tenia de las 200. fanegas? y quien dexarà de conceder que por una libranza pura ſe le dà poteſtad al comprador para que deſde aquel dia *poſſeſsionem nanſiſcatur*: luego ſi la libranza es permiſsion, y aun mandato, *& hæc permiſsio verè & proprie tradditio dicitur*; no ſolo eſtà ſeñalado el dia pa-

ra la entrega, sinò empessada en aquel mismo dia, que se diò la libranza.

Digo empessada, porque la tradicion se compone de dos partes, de la del vendedor es la permision, de la del comprador es la accepcion, y por esso dice este Author *hæc permissio, tradditionis illius tantum pars est*, (esto es *si tradditionem intelligimus ex effectu*, como yà havia dicho,) *nec prius perficitur ea tradditio, quam sit is, qui traditum accipiat*, y passa al cap. 18. à que de parte de uno, y otro hà de haver consentimiento, correlativo, en uno de dàr, y en otro de recibir: conque poniendose por la libranza la permission del vendedor, y por la del comprador, el requerimiento con ella al Bodeguero, la acceptacion de este, y el contento del comprador, de que se queden en el monton à custodia, y guarda del Bodeguero, sin hacer en aquel dia la medida, porque no quiere hacerla, y se contenta conseguir la fee del guarda; no se puede negar que por el comprador quedò la separacion, y mensura de las 200. fanegas vendidas: porque haviendole dado potestad para que las separasse en aquel dia, no lo hizo, y se contentò conque quedassen mescladas las unas con las otras, *nam si suas cuiusque velent manere, multo id certius, & melius consequi potuerunt eas separatas habendo*, como se há dicho antes.

Compruebase esto eficazmente con nuestra misma ley, porque puando no se pone, y señala dia en el contrato para la mensura, puede (ò deba) el vendedor afrontar, y requerir al comprador para que baya à hacer la mensura, y si no la hace desde entonces corre el peligro por el comprador; y porquè? porque desde aquel instante se constituye el comprador en mora, no passando à la mensura, pues de parte del vendedor està empessada la tradicion con la potestad que le diò para medir, y recibir, y si èl no lo hace, por èl queda: luego si en nuestro caso libra el vendedor puramente, y para que *statim* se haga la mensura, y entrega, y por parte del comprador queda el que

no

no se haga, el es, el que està en mora; es texto expresso la ley *si per emptorem steterit* 5. ff. de peric. & comm. rei venditæ, y sinò, digase por quien queda?

Buelvo à Donell: la tradicion se compone de dos partes, la una es la permission del vendedor, *hæc permissio traditionis illius, tantum pars est*: la otra es la accepcion del comprador, *traditum accipiat*, de que depende la perfeccion, *nec prius perficitur*: pues si el vendedor puso de su parte el principio de la tradicion, que es la libranza, en que permite al comprador la possession, por quien queda la perfeccion de la tradicion, sinò por el comprador que de su parte no puso lo que faltaba para perfeccionarla? y justamente se quejara el vendedor diciendo, *quid ultra debui facere, & non feci?*

En la ley *hæc venditio* 7. ff. de contrah. empt. dice Ulpiano *hæc venditio servi, si rationes Domini, computasses arbitrio, conditionalis est*, que se hà de purificar quando la condicion se cumpla, passa al fin del texto, y dice, *si igitur rationes potuit accipere, nec accepit, impleta conditio emptionis est, & ex empto, venditor conveniri potest.*

El mismo Ulpiano en la ley 50. *eodem titulo*, propone otra especie semejante de uno que comprò una Bibliotheca baxo de la condicion si los Decuriones de Campania le vendiessen lugar donde ponerla, y dice el Jurisconsulto, que si por el comprador quedò pedir el lugar, lo tiene la accion *ex vendito, quasi impleta conditione, cum per emptorem stet quo minus impleatur*, y allì Fabro *in omnibus causis pro facto accipitur, id, quod per aliquem mora fit, quominus fiat*, con la ley *in omnibus* 39. y la ley *in jure civili* 161. ff. de reg. jur.

La aplicacion de estos textos à la doctrina es clara, porque si el vendedor de su parte diò principio à la tradicion por la potestad que le concediò para tomar la possession, *si potuit accipere, nec accepit, impleta conditio traditionis est, cum per emptorem stet, quominus impleatur*, y se debe tener por efectuada la possession, porque *in omnibus*

bus

bus causis pro facto accipitur id, quod per aliquem mora fit; quominus fiat.

Debense notar à este mismo fin dos lugares de Fabro: el primero en el §. *in his*, *circa finem* verc. *in summa*, donde dice que la condicion de que habla el Jurisconsulto Cajo, no es verdadera condicion, sinò cierta dilacion que por naturaleza de la cosa, suspende la fuerza, y perfeccion de la compra, y assi nota el *quasi*, asi de este §. como de la ley 4. de peric. & comm. rei vendit. y dà la razon, *cum stet per venditorem, quominus statim fiat mensuratio; aut saltem in mora emptor constituatur metiendi, sibi imputet, si non fecerit quod facere debuit, ut eo periculo se liberaret.*

Desuerte que el peligro lo pone en el vendedor, por que pudiendo hacer *statim* la mensura, ò constituir en mora al comprador sinò media, no lo hizo para exonerarse del peligro: luego si el vendedor quando le dà la libranza, le dà facultad para que *statim* mida, y por el comprador queda el no hacerse *statim* la mensura, porque se contenta, con que quede à cargo del Bodeguero en el mismo monton; asi como no se le pudiera imputar el que *non fecit, quod facere debuit, ut eo periculo se exoneraret*, asi tambien se debe tener por completa la tradicion *quo ad utramque partem*, porque no estubo de parte del vendedor, que el comprador no perfeccionasse la tradicion, que yà estaba empessada.

El segundo lugar es en la ley *qui oficij* 62. §. *res.* 2. de contrah. empt. versic. *cur*, post medium: pregunta, por que el peligro de la cosa vendida *per aversionem*, aun antes de la asignacion, pertenece al comprador? y responde, porque asi como quando no es necessaria asignacion alguna, puede el comprador facilmente eximirse del peligro, constituyendo en mora al vendedor, entregando el precio, ò satisfaciendole de otro modo; asi tambien quando es necessaria asignacion, puede con la misma facilidad, precissar al vendedor à la asignacion, y tradicion, transfiriendole el peligro; *quia sicuti cum nulla assignatio necessaria est*,

est, facile potest emptor, eximere se periculo constituendo venditorem in mora traddendi per oblationem pretij, aut per aliam satisfactionem: ita & cum assignatio est necessaria, potest emptor eadem facilitate urgere venditorem, ut rem assignet, & assignatam traddat, & ita periculum in venditorem transferat. Y como comprador, y vendedor son correlativos, y deben medirse por una misma regla, assi como el comprador puede constituyr en mora al vendedor, porque no le entrega, el vendedor constituye en mora al comprador, porque entregandole no recibe, y como por la libranza le dà facultad para que reciba, y aprehenda, y por el comprador queda la aprehencion, se entiende consumada la tradicion.

A dos fines conducen estas doctrinas, à tradicion, y peligro: à la tradicion, porque constituyendose en mora el comprador, porque no recibe lo que puede recibir *statim* en virtud de la libranza, se debe tener por hecha, y perfecta la tradicion, aun quando no hubiesse la reconvencion al Bodeguero, y la acceptacion de este, por la que se constituye guarda, lo que hace verdadera tradicion como dice Donelo: al peligro porque aun quando no estubiessemos en estos terminos, y fuesse una venta *ad mensuram* de cantidad indeterminada, corriera el peligro el comprador, por la mora en que se havia constituydo, como dice Fabro en el citado §. *in his* por estas palabras: *ergo interim periculum, venditoris esse debet, non emptoris, nisi emptor in mora fuerit nam hoc casu periculum transfertur in emptorem, ut in contrario casu, de venditore diximus.*

Toda esta doctrina es literal, y conforme à la ley 2. C. de peric. & comm. rei venditæ, donde tratandose de una venta de vino, hecha *ad mensuram*, supuesta la degustacion, responde Alexandro, que todo el peligro pertenece al vendedor, menos si el comprador estubo en mora, para que no se hiciesse la mensura; *periculum* (dice) *vini mutati, emptoris, qui moram mensuræ faciendę non interposuit, non fuit.*

P Re-

Replican à esto que los Bodegueros no pueden hacer estas separaciones, ni aun despachar los trigos, porque no tienen mulas bastantes, y que aun fuè menester, que en dias de fiesta se cargasse el trigo con dispenza del ordinario, y que assi no està por ellos la separacion, ni puede imputarseles la mora: pero en esta parte estàn convencidos en los Autos mathematicamente; porque segun el ultimo computo que hizo el Cavildo, la Ciudad consume 345. fanegas cada dia, que hacen al año 125U925. Antes del Terremoto estaban corrientes 365. mulas, que podian cargar 730. fanegas cada dia, que en 283. vtiles, deducidos los de fiesta, hacen 206U590. fanegas: conque se podian conducir mas de las necessarias 80U664. que hacen 93. mulas de sobra por dia, para el acarreto del cebo, y sobran todavia muchas mulas, fuera de las de los Arrieros, y fuera tambien del trigo criollo, que entra en el consumo de las 125U. Anegas: vease ahora como podria estàr la mora de parte de los Bodegueros, quando tienen mulas de sobra, y solo les falta carga.

Pero demosles de gracia, que estubiesse por los Bodegueros la no remicion: yo dirìa que esto pertenecia al segundo contrato de locacion, y conduccion, pero para el de compra, y venta, quien le impide al comprodor, el que en el mismo dia de la libranza, haga medir las 200. fanegas que se le libran? no el vendedor, porque antes manda que se le entreguen: no el Bodeguero, porque ni lo resiste, ni puede resistir, porque *tandem tandem* las hà de medir, y entregar: luego queda por el comprador, que las dà por medidas, y separadas, contentandose conque queden en el monton pro indivisso.

Es muy à este proposito, la doctrina del Eminentissimo Carden. de Luca de credit. & debit. discurss. 23. propone en el que unos Mercaderes de Leon, remitieron muchas mercaderias à Geronymo de Pissis: este quebrò, y unas de las mercaderias remitidas, estaban confundidas con otras, y otras aun existian en la Aduana, en sus fardos ò

Pa-

Pacas, y ſobre eſtas recaya la pretencion de los Mercaderes Lugdunenſes, porque decian que no ſe havia transferido el dominio, porque no havia llegado el caſo de la tradicion, eſto es la accepcion, y poſſeſsion de parte del comprador, y ſolo havia el acto de la remiſsion de los Mercaderes, y funda en los num. 9. y 10. que por ſola la remiſsion hecha por eſtos Mercaderes à Roma, havia verdadera tradicion, eſtando tambien al uſo de los Mercaderes: ibi *de ſtricto autem juris rigore, ac etiam admixto ipſo mercatorum uſſu, dicendum videbatur, quod ab ipſo inſtanti, quo ipſi met venditores, ſarſinas compoſuerunt, ac nauti, vel mulioni traddiderunt, translatum eſſet dominium, in hunc mercatorem, urbis emptorem, cuius fuiſſet, periculum in itinere; id que ea ratione, quod ſciliſet in ipſo venditore tranſmitente merces, correſponſali exiſtenti in altera civitate ex eius comitione, intret illa perſonarum multiplicatio, quod ſciliſet ita duplicem gerat perſonam, unam nempe venditoris, & alteram mandatarij emptoris cuius vicè, & nomine recipit à ſe ipſo mercium tradditionem, ac menſurationem, & ponderationem, ſeu numerationem, ſtatuto pretio, quod in libris, ac etiam in epiſtolis reſponſivis adnotatur, & conſequenter, ex tunc ſecuta cenſſeatur vera & perfecta tradditio cum translatione dominij, eius que effectibus, vel ſequelis, tam circa periculum in itinere, quam circa augmentum, vel Decretum pretij:*

Mas amplia es eſta doctrina que la de Donelo, por que aqui baſta ſolo la remiſsion del correſponſal à pedimento del Mercader, para que ſe induſca juridica, y equitativamente un poder, y mandato para recibir de sì miſmo, lo que en qualquier contrato, y en los terminos de Donelo, puede tambien inducirſe, para que con ſolo el acto de la permiſsion, *ſecuta cenſſeatur vera & perfecta tradditio cum translatione dominij*, tomando la poſſeſsion de sì miſmo, por el conſtituto que reſulta del conſentimiento del vendedor, de que queden las 200. fanegas vendidas, juntas con las 800. no vendidas, pues baſta para la

tra-

tradicion el conſtituto, iuxta hermoſſ. gloſſ. 2. n. 6. ley 24. tit. 5. partida 5. pues quanto mejor en nueſtro caſo? en que el vendedor libra, y permite la poſſeſsion, el comprador requiere, el Bodeguero accepta, y ſe contenta con no medir, ni ſeparar el trigo, haſta que llegue el tiempo de perfeccionar el ſegundo contrato de locacion, y conduccion.

De otro modo: que otra coſa es la remiſsion de Leon à Roma, que poner por ſu parte los vendedores las mercaderias en eſtado de que aprehenda la poſſeſsion de ellas el Mercader de Roma? y que es la libranza, ſino darle poteſtad al comprador, para que tome poſſeſsion del trigo? ſolo hay una diferencia, que la remicion desde Leon à Roma en bebe tiempo para que las mercaderias lleguen, ad text. in §, *loca* inſtit. de verb. obligat: pero la libranza que ſe hacìa en el Callao, no tenìa tiempo, porque allì eſtaban los trigos, y *ſtatim menſurari poterant*: pues ſi ſola la poteſtad, y permiſsion, aun con tan dilatado tiempo en bebido, hace verdadera, y perfecta tradicion, *cum translatione dominij*; como una permiſsion, y poteſtad pura è inſtantanea, no hà de producir lo miſmo, y conſtituir en mora al comprador, que no quiſo hacer *ſtatim* la ſeparacion? ad text. in leg. *ſi per emptorem* de peric. & comm. rei venditæ, & in leg. 2. C. eodem.

Por todas eſtas razones, no es aplicable á eſte caſo la diſpoſicion de eſta ley de partida, para que quando no ſe pone dia, pueda el vendedor reconvenir al comprador para que vaya à medir la coſa vendida, porque con efecto ſe ſeñalò en el miſmo dia de la libranza, y porque la ley no dice que *el vendedor debe facer à fruenta al comprador, ſino que puede*, y eſte es conſejo, y no obligacion, fundaſe literalmente en la ley 1. §. licet 2. ff. de peric. & comm. rei venditæ, donde el Juriſconſulto Ulpiano dice, que ſi el vendedor que pudo derramar el vino, no lo derramò, ſerà digno de alabanza; ibi *ſi tamem cum poſsit effundere, non effudit, laudandus eſt potius.*

Tam-

Tampoco entra la doctrina de Hermoſs. en la gloſs. 2. de la ley citada num. 51. y del Card. Thuſco lit. V. concluſs. 49. num. 24. Taria ubi ſupra num. 21. de que quando no ſe pone dia, ſe entienden 60. porque no eſtà la materia en eſſos terminos, como queda dicho, pues por ſer pura la libranza, ſe ſeñala el miſmo dia de ella.

De las coſas que ſe guſtan, y ſe venden *ad menſuram*, paſſa la ley à las que ſolo ſe venden à peſſo, ò medida, y dice aſsi, *mas ſi la vendida fueſſe fecha de oro, ò de plata, ò de civera, ò de otra coſa ſemejante, que ſe ſuele vender à peſſo, ò à medida tan ſolamente, eſtonce decimos, que ſi peligrò alguno acaeſieſſe en aquella coſa perdiendoſe toda, ò parte de ella ante que ſea peſſada, ò medida es del vendedor el peligro*; ita P. Molina d. diſp. 366. num. 8.

Eſta venta es aſsimiſmo de genero ſubalterno, por que ſolo ſe diſtingue de la primera eſpecie, en que las coſas de aquella, *hàn los omes por coſtumbre de guſtar*, y eſtas ſe ſuelen vender à peſſo, ò medida tan ſolamente, y aſsi los dos Gloſſadores entienden eſta ley: y Hermoſs. gloſs. 1. num. 2. pone el exemplo: ibi *utputa ſi vendantur tot amphoræ vini ex aliquo loco deſtinato, vel ex eo, quod collectum fuit tali anno.*

Pero ſe excediò Hermoſs. en el exemplo, porque añade el *tot amphoræ vini ex aliquo loco deſtinato*, y la ley no dice eſſo, ſino aſsi: *mas ſi la vendida fueſſe fecha de oro, ò de plata, ò de civera*, que es una propoſicion indefinida, que equivale à univerſal, y aſsi es, y ſe debe entender la venta de todo el oro, toda la plata, ò toda la civera vendida *ad menſurma*, que es la ſegunda eſpecie del §. *in his*; en cuyo caſo ſi *el peligro acaeſieſſe en aquella coſa, perdiendoſe toda, ò parte de ella, ante que ſea peſada, ò medida es del vendedor el peligro*, y de eſta ſuerte eſtà conforme el derecho real, con el comun, ſin que en eſtas deciſsiones entre, ni ſe pueda adaptar el caſo de que ſe trata, porque no es de todo vendido *ad menſuram*,

 ſino

ſino de parte de monton cierto, y determinado.

Concluye la ley diciendo, que ſi ſe abarataſſen, ò encarecieſſen las coſas de aquella eſpecie, el *pro*, ò el *daño* ſerìa tan ſolamente del comprador, diſtinguiendo aſsi entre peligro, y peligro, daño, y daño: el peligro en la miſma eſpecie vendida, pertenece al vendedor, pero el augmento, ò diminucion de precio, pertenece al comprador: de ſuerte, que una coſa es que la coſa *fiat vilior*, y otra, que *fiat deterior*, que es el error 8. que notò Fabro en la decada 16. num. 2. y aſsi la hypperoca, ò pluriſvalencia, ſolo pertenece al comprador.

Y para recopilar en mas breves terminos la deciſsion es la ſiguiente: el peligro de la coſa vendida perfecto el contrato pertenece al comprador antes de la tradicion.

El peligro de las coſas, que ſe guſtan vendidas de eſta ſuerte: vendo todo el vino, jengibre, ò canela, que hay en tal Bodega, ò Almacen, à tanto cada arroba, ò cada medida, pertenece al vendedor antes que ſe guſte, mida, ò peſe, y deſpues de guſtadas, ò peſadas, pertenece al comprador

Si hecho el contrato de eſta ſuerte, ſe ſeñalò dia para la deguſtacion, ò menſura, haſta aquel dia, es el peligro del vendedor, y deſpues es del comprador.

Si no ſe ſeñalò dia para guſtar, peſar, ò medir, puede el vendedor afrontar, ò requerir al comprador para que vaya à guſtar, ò medir, y ſi no lo hiciere, corre el peligro el comprador desde aquel dia,

Y en eſte caſo puede el vendedor, vender de cuenta del comprador la coſa; y ſi ſe vende en mas, el augmento, cede à beneficio del comprador, y ſi en menos, eſtà obligado eſte, à integrarle al vendedor aquello que falta

Y ſi el vendedor à meneſter los vaſos en que eſtaba el vino, puede alquilar à coſta del comprador otros, que ſuplan por los ſuyos, y ſi no los hallare, puede derramar el vino, midiendolo primero para juſtificar quanto es lo que le debe el comprador: *è lo que decimos en eſta ley, ha lugar*

lugar en todas las cosas que los omes han costumbre de gustar, ò de medir, ò de pesar.

Mas si la venta fue hecha de aquellas cosas que no se gustan, sino solo se miden, ò pessan, como oro, plata, trigo, (que esso es civera) vendiendose estas *ad mensuram* en genero subalterno, pero todo el trigo que hay en tal Era, Troxe, ò Bodega, à tanto cada fanega, perdiendose en todo, ò en parte antes de pessarse, ò medirse, el peligro es del vendedor.

Y finalmente el augmento ò diminucion del precio, aun antes de la mensura ò pesso, pertenece al comprador.

Estas son todas las especies de la ley conforme à su contexto, à lo que sobre ella dicen sus Glossadores, y lo dispuesto por el derecho comun, y en ninguna de todas ellas, se encuentra el caso presente, porque para aplicarla, es menester mudarle el sentido juridico, y sacarla de sus proproprios quicios, y de la venta de un todo *ad mensuram*, hacer venta de numero cierto, y de todo cierto, y determinado, y esto no lo admiten las palabras de la ley; porque como queda dicho, asi en las cosas que se gustan, como en las que no se gustan, habla indefinidamente, y por consiguiente equivale à una venta universal, que dice un todo.

Pero para convencer esto con mas eficazia se hà de hàcer con la misma ley: dice esta que *si por aventura non fallase vasos Alogueros, è aquello que hoviesse vendido, fuesse de tal cosa, que hoviesse de coger otro fruto à tal como aquel, è non lo hoviesse en que meter, asi como vino, ò otra cosa semejante, estonce puede hechar en la calle, ò en la carrera publica, aquello, que asi hoviesse vendido, pessandolo, ò midiendolo primeramente, hechandolo asi de fuera:* pregunto ahora; si puede arrojar el vino, para que es la medida? porque si se vendieron como dice Hermosil. *tot. Amphora vini ex tali dolio*, en derramando toda la tinaja, se derramaban las Amphoras vendidas, y pues era numero cierto el vendido, yà se sabìa, lo que debia el comprador, y asi era ociosa la mensura: luego si se manda medir para

ra arrojarse, es señal de que se vendiò el todo del vino *ad mensuram*, y para certificar, y liquidar el debito del comprador, se hace la mensura, aunque se arroje el vino.

Esta inteligencia es textual, y literal de la ley 1. §. *si doliare* 4. ff. de peric. & comm. rei venditæ: no necessita de explicarse, sinò de leerse: dice assi: *si doliare vinum emeris, nec de traddendo eo, quidquam convenerit, id videtur actum, ut ante evacuarentur, quam ad vindemiam, opera eorum futura sit necessaria; quod si non sint evacuata, faciendum quod veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere, & effundere*: aqui entra lo puntual. *Veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esset, non appareat, videlicet, ut appareret, quantum emptori vini perierit*: conque si en la especie de nuestra ley, se manda arrojar el vino medido, es, porque *non apparet quanta sit mensura*, y porque no aparece quanto es el vino que perece al comprador: *sed ita* es que *quando venduntur tot Amphoræ vini* se sabe aun antes de medirse, que son essas tantas, y tambien se sabe quanto es lo que le perece al comprador, porque es numero cierto, y determinado: luego el mandarse hacer la mensura en la ley, es porque supone vendido, un todo determinado, de incierta, è indeterminada mensura, cuya cantidad se havia de determinar por la medida, para que apareciessen aun tiempo los dos requisitos, que requiere el contrato para su perfeccion en quanto al peligro, esto es *quantum, & pretium*, como que este depende de la quantidad.

Esto mismo se comprueba con la ley *si in emptione* §. *alia* ff. de contrah. empt. tambien es literal. *alia causa est degustandi, alia metiendi, gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat, mensura vero, non eo proficit, ut aut plus, aut minus veniat, sed ut appareat quantum ematur*; y aquì Fabro, *proficit mensura; ut appareat quantum ematur; id est quanta sit quantitas vini quod venditum fuit*, y mejor Gibalino lib. 1. cap. 7. num. 10. de negotiat. ibi *adque, ut sciatur vino ad mennsnram vendito quantum*

emp

emptori perierit, qui pro eo, quo ad mensum fuerit, pretium debet, mensuram, ut veteres juris consulti tradiderunt facere, ad vel per corbem potest, y mas claro Xpt. Torniola en el consejo 7. num. 3. ibi *duobus modis & respectibus, potest dici venditio facta esse ad mensuram: primo respectu rei, ut scilicet sciamus, quid, & quantum veniat: altero respectu pretij ut sciamus an si amplior reperiatur modus mensurę, quam dictum sit.*

Persuadese esto mismo raciosinando con las mismas dos leyes, y destruyendo el fundamento contrario, con que se intenta persuadir, que el requisito *quantum*, mira à la separacion del trigo por la mensura, y à que por ella sea una cantidad, circunscripta à ciertos terminos, y diferencias, de modo, que venga à reducir à venta de especie, porque entonces es quando verdaderamente se puede decir que *apparet quantum*, esto es que aparece, se distingue, se percibe aquel *quanto* distintamente, y sin confussion de otro.

Pruebase lo primero con el §. *alia*, dice Paulo *mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat quantum ematur*, no sirve la mensura paraque sea mas, ò menos lo que se vende, sino paraque aparesca quanto es lo que se compra: pues pregunto, el monton de trigo, que se vendiò *ad mensuram*, no estaba separado? no era un todo determinado? no estaba circunscritpo à ciertas diferencias? no estaba distinguido de otros montones? no hay duda: pregunto mas, porquè se mida todo esse monton, se hace monton diverso? adquiere nueva separacion? nueva circunscripcion, ni distincion? tambien es cierto que no; porque es el mismo antes que despues de medido: luego el *ut appareat quantum ematur*, no es, ni puede entenderse paraque aparesca separado, distinto, y circunscripto à ciertas diferencias, sino paraque aparesca el quanto por donde se ha de medir el precio del todo como dicen Gibalino, y Torniola.

Pruebase con el §. *si doliare*: por esso aconsejaron los

JJ. CC. que quando ſe huvieſse de arrojar el vino de un todo vendido *ad menſuram*, debia hacerſe la menſura antes de arrojarſe; *ut appareat quantum emptori vini perierit*; pues pregunto, derramado el vino, aparecerà el quanto? allì eſtarà circunſcripta à ciertas diferencias la cantidad? ſe perderà eſta, porque en el miſmo lugar que ſe derramò, ſe derramen otras de vino, agua, ò vinagre? de ninguna ſuerte: luego el *quantum* ſe entiende preciſamente para que apareſca la cantidad vendida, eſto es paraque conſte quanto era el vino que ſe havia vendido, y quanto era lo que ſe debia, por razon del precio correſpondiente à cada medida.

Compruebaſe mas con la ley *qui fundum* 40. §. *qui agrum* 2. ff. de contrah. empt. propone Paulo, que uno vendiò un fondo diciendo, que tenia 18. fanegadas, y que lo que ſe midieſſe ſe le havia de pagar à cierto precio, por cada fanegada: midiòſe, y ſe hallaron 20. y reſponde, que por 20. ſe debe el precio: entra Fabro, à exponer eſta ley, y dice, que aquellas dos fanegadas mas, que ſe hallaron, no pueden quedar no vendidas, porque eſſo fuera quedar en comunidad el fundo, y aſsi ſe deben pagar al precio eſtipulado, como del miſmo modo ſe diſminuiria el precio, ſi ſe hallaſſen menos de las 18. porque la menſura ſolo ſirve de deſcubrir el mas, ò menos precio en que ſe hizo la venta, ibi *ſimiliter è contrario, ſi minus in menſura inveniatur, quam dictum ſit, pretium minui oportet; menſura enim, illa eſt quę facit, ut plus minus ve emptum, & venditum intelligatur*, y cita la ley *ſi in emptione* §. *alia cauſa*, donde havia dicho el miſmo que ſe debia proponer la eſpecie de vino vendido, no *per averſionem, & uno pretio*, porque entonces no era neceſſaria la menſura para determinarlo, y que la menſura ſirve de determinar el precio.

Compruebaſe mas con otra eficaz refleccion, pongamos, que ſe vendiò la mitad de un monton de trigo de incierto numero de fanegas en un precio; eſta venta ninguno negarà, que es *per averſionem*, porque eſſa es la eſpecie del

§.

§. *in his*, porque haviendose vendido en un precio toda la mitad, están puestos todos los constitutivos de la venta *per aversionem* que son un precio, y toda la mitad, y no se puede decir que es *ad mensuram*, porque no se distribuyò el precio en cada fanega: pregunto ahora, para separar, y dividir este trigo, y dàr la mitad vendida al comprador, quedandose el vendedor con la otra mitad, no es precisso, que se mida el todo, porque de otro modo no se puede dàr la mitad, sinò se sabe quanto es el todo? no hay duda: y por esta mensura que es necessaria correrà el peligro el vendedor, mientras no se hace? yà se vee, que ninguno lo concederà, porque es proprio de la venta *per aversionem*, que el peligro lo corra el comprador; pues porque en este caso no queda imperfecto el contrato, y el peligro por el vendedor hasta la mensura, separacion, y distincion? por que? porque desde el principio del contrato, apareciò el precio, y no es necessario, que la mensura lo determine, y el *quanto* yà se sabe que es la mitad, aunque no aparesca separado, y los dos, compradòr, y vendedòr saben, que todo el monton es suyo por mitad, aunque no puedan dessignar los granos, que tocan à cada uno, mientras no se llega à la divission.

No entra en esta especie el §. *sed & si ex doliario* por que aunque allì se trata de parte del vino vendido, es con cierto numero de metretas, *pars vini venierit*, *veluti metretę centum*, y assi aunque se ponga solo un precio, como es numero cierto, y determinado el de las 100. no es *per aversionem*, sinò *ad mensuram*, y lo mismo que si se huviesse puesto à cada metreta de por si: *itaque* (dice Fabro) *non aversione facta fuerat venditio*, *sed ad mensuram*, *per inde ac si in singulas Amphoras pretium constitutum esset*, y esto no sucede en la hypotesi propuesta, porque la mitad se vendiò *per aversionem*, *à ojo*, sin traer à consideracion mensura, sinò tenga lo que tubiere el monton, la mitad se vende por tanto: demàs de que como queda dicho en la explicacion de este §. nono se trata en el de un todo

deter-

determinado, de cuya qualidad conſtaba, porque havia muchos dolios en el doliario, y es de las eſpecies que fuera de la medida, neceſsitan de la deguſtacion, por lo que añadiò Fabro el *maxime ſi deguſtanda vina fuerint* que es la qualidad, aunque no hà faltado alguno que diga que es venta *ad menſuram* ſobre que dirè deſpues.

Y volviendo de eſta digreſion al penſamiento principal de que ibamos hablando, cerca de la ley de partida, y à la expoſsicion de Fabro en el §. *alia* dice eſte *ponendum enim eſt, fuiſſe venditnm vinum, non averſione, id eſt in universo, in aggere, & uno pretio, ſed conſtituto in ſingulas Amphoras, ſeu menſuras*, ut in leg. proxima §. *in his, qui locus, cum hoc* §. *coniungendus eſt*, y en el §. *ſi doliare* dice que eſſe texto ſe hà de juntar con eſte: deſuerte que el §. *ſi doliare*, el §. *alia*, y el §. *in his* verſic. *quod ſi vinum* contienen vna miſma eſpecie, en quanto à que es un todo vendido *ad menſuram*, cuya cantidad no aparece, por lo qual quando ſe hà de derramar, es preciſſo que ſe mida, *ut appareat quantum emptori vini perierit*: conque hallandoſe en la ley de partida la miſma providencia, de que ſe haya de medir el vino para derramarſe, es preciſſo que ſe entienda que la eſpecie, y caſo, en que procede eſta ley, es, en el de venderſe un todo determinado de cantidad indeterminada.

Eſto à mi corto juicio, me parece tan eficaz, que no alcanzo como ſe pueda adaptar eſta ley, como terminante al caſo preſente, pues en ninguna de ſus eſpecies, ſe encuentra la de que ſe trata, y mucho mas ſi ſe trae à conſideracion la ley ſiguiente, que habla de la venta *per averſionem*, ò *ad corpus*, manifeſtandoſe de eſto que aſsi como en el §. in his, ſe juntaron las dos eſpecies de venta *per averſionem*, y venta *ad menſuram* de un todo determinado de cantidad indeterminada; poniendoſe ſolo la diferencia entre quando el precio es uno por el todo, y quando ſe diſtribuye en cada medida; aſsi tambien nueſtro legislador invirtiendo ſolo el orden, puſo en eſtas dos leyes las dos

eſpe.

especies de ventas cerca de un todo determinado: en la 24. la venta de un todo determinado *ad mensuram*, y en la 25. esse mismo todo vendido *per aversionem, & uno pretio*, de cuyas especies *toto cœlo distat* la presente question, porque en las de la ley, quando mas *apparet quid, & quale*, pero no *quantum, & quale*, pero no *quantum, & pretium*, y en nuestra especie aparecen todos quatro requisitos allì es un todo, y aqui un numero.

EXPLICASE, Y VINDICASE A BALDO, en la ley sicut 12. C. de act. empt. & vend.

LA opinion de Baldo, que Rosa, Manso, y casi todos exponen; la reprueban Ansaldo, y otros: yo dirìa, que ni se debe reprobar, ni seguir en lo absoluto, esto es, que qualquier cuerpo vendido *ad mensuram*, quando la venta se empieza por el cuerpo, se entiende hecha *ad corpus*, porque el numero de amphoras v. g. *qui est in dolio, vel vegete*, es cierto *in se*, y *sciri potest per artem geometricam*, aunque para nosotros sea incierto, como las condiciones *quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur*, que *statim* producen, ò infirman la obligacion, sin suspenderla, porque *quæ natura sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*.

La doctrina contrahida à la hypotesi de Baldo, que es todo el vino, *quod est in vegete, vel dolio*, à tanto cada amphora, es bien fundada, si se derrama el dolio, pipa, ò basija, quedando integra, y capaz de que pueda medirse; porque no cabiendo mas, ni menos en su vientre, lo mismo es que se mida de un modo, que de otro, esto es, ò *naturaliter*, ò *per artem*; ò por mejor decir ya està medido, pues una tinaja que mide diez amphoras v. g. es lo mismo, que diez amphoras vendidas: y como lo mismo es vender diez amphoras en cinquenta pesos, que una tinaja que mide diez amphoras, à cinco pesos cada amphora, dice muy bien Baldo, que entonces lo mismo es, que si

ſi la venta fueſſe *ad corpus*, porque puede certificarſe el precio, por la medida poſterior de la baſija.

Y ſi no ſupongamos, que yo tengo una amphora de vino; es cierto, que una amphora tiene 576. cyathos P. Gibalino lib. 1. cap. 6. art. 3. num. 11. ſi yo dijeſſe vendote el vino que hay en eſta baſija, à un ochavo por cada cyatho, diriamos, que era venta *ad menſuram*? de ninguna ſuerte; porque ſe ſabe por la calculacion, que una amphora tiene 576. cyathos, que aun ochavo cada uno, vale toda la amphora nueve peſſos, y fuera lo miſmo, vender aquella amphora como eſpecie, ò *ad corpus* en nueve peſſos, que vender los cyathos que tiene, à un ochavo cada cyatho: pues que diferencia racional ſe puede dàr, entre una baſija, que mide diez amphoras, y una amphora, que mida 576. ciathos?

El culeo entre los Romanos contenìa 20. amphoras, pues ſi un dolio, ò una tinaja, mide veinte amphoras, y eſte ſe vende à cierto precio cada amphora; porque dirèmos que eſta es venta *ad menſuram*, quando ya eſtà medido el vino por la baſija que mide 20. amphoras, y no pueden ſer mas, ni menos? y porque no ſerà lo miſmo vender las amphoras que tubiere el culeo à 9. ps. que vender el miſmo culeo por 180. ps. ſi medidas, ò no medidas ſiempre ſon 20. amphoras, que à 9. ps. hacen los 180? que le añade, ni en lo ſubſtancial, ni en lo accidental del contrato, que el culeo tenga forma, ò razon de medida, y el dolio lo tenga de receptaculo ò baſija, ſi en la realidad lo miſmo mide el dolio, que el culeo, y eſte puede ſervir de baſija, tan bien como el dolio de medida? y de hecho en Sevilla, y ſu provincia los dolios ſon de 25. amphoras, como dice Faria ad Covarrub. cap. 3. practic. num. 7.

Vende un fundidor á un Mercader una peſſa de dos arrobas de bronce, à quatro rs. cada Libra: fuera bueno que eſta venta ſe dijeſſe *ad pondus*, y no *ad corpus*? ya ſe veè, que fuera error: porque lo miſmo es vender la peſſa

por

por 25. ps. que vendèr à quatro rs. la libra de la pessa de dos arrobas: y porquè? porque yà està pessada por otra, y ella pessa dos arrobas; no hay que certificàr su pesso ni precio, porque yà lo tiene, aunque los mismos contrahentes lo ignoren: pues esso es lo que dice Baldo, el vino que està en el dolio, yà està medido, yà tiene numero cierto de Amphoras, porque es invariable su mensura, y aquel ceno no admite mas, ni menos, y *per artem geometricam sciri potest, quot Amphoras includat*, y aunque los contrahentes no lo sepan, no importa: esso es ser la mensura ignorada, nò incierta, y *quæ per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*

Pero si el vino solo no se derramase, sinò que con un incendio se reduxesse à ceniza el tonel, ò con un Terremoto se quebrasse de tal suerte la basija, que no apareciessen todas sus partes, ò si el Mar se la robasse, y no pareciesse, ni huviesse cuerpo ni vaso por donde se pudiesse medir, entonces no dice Baldo que està perfecta la venta, porque en su doctrina supone existente el dolio ù tonèl, en que estaba el vino vendido, y por donde se hà de hacer la medida *per Artem geometricam.*

Lo mismo digo si lo que se vende no està encerrado en lugar que mida v.g. una Hera donde està un monton de trigo que ocupa parte de ella, el qual quemado ò robado por el Mar, ò por un rio, no harà venta perfecta, porque aunque quede la Hera, y se pueda medir el lugar, no se puede medir el monton, de cuya circunferencia, y profundidad no queda rastro, de que poder tomàr principios para la mensura, y asi en el primer sentido, tengo por verdadera è indubitable la doctrina de Baldo, y por mal entendida, y peor estendida en los segundos, y demàs semejantes, y justamente reprobada por todos los que la concibieron tan absoluta.

Lassarte de Gabell. en el cap. 5. toma de proposito esta doctrina para impugnarla, desde el num. 22. y me parece que le cae, muy encima la nota que le pone à Bal-

do,

do, quien solo estendiò la decision de los JJ. CC. Cayo, Sabino, y Cassio conforme à sus principios, sin sentir contra ellos.

Y por lo que esta doctrina conduce al punto presente dirè lo que me parece, assi à favor, como contra Baldo. Dice este en la ley sicut. C. de act. empt. & vendit. que hay gran diferencia en quanto à la perfeccion del contrato en estas dos especies ò hypotesis, *vendo todo el vino que està en esta tinaja à razon de diez sueldos por cada salma*, y la otra, *vendo diez Amphoras del vino de esta tinaja*, que *forte* cabìan en ella ciento: en el primer caso dice que esta venta no es *ad mensuram*, sinò *ad corpus*, que es pura, y no condicional, y lo funda en que aparece todo el vino vendido, que es el que està en la tinaja, y que la mensura, no conduce à la certificacion de la cosa vendida, sinò à la declaracion del precio, para saberse quanta es la cantidad de èl, porque si no se mide, no se sabrà quantas salmas hay en el dolio, y hasta entonces, no aparecerà el Precio.

Pero dice Baldo, esta no es incertidumbre sinò ignorancia: el numero de salmas, y el precio es cierto *per naturam*, y aunque se derrame todo, puede medirse, y saberse quanto era, porque puede medirse la tinaja.

D. Covarrubias como dice bien Lassarte no entendiò à Baldo, pero yo discurro, que ni èl penetrò enteramente la doctrina, porque le opone, que quando se vende todo el vino à cierto precio cada mensura, aunque rerum natura sea cierto quanto es el precio de todo el vino, no obstante el precio no se determinò como de todo el vino, sinò separadamente por cada mensura, y assi no se puede decir que todo el cuerpo del vino se vendiò, este es fundamento de Saliceto, de quien lo tomò Lassarte.

Esta argumentacion que aplaude de sutil, me parece futil, y que no destruye el fundamento de Baldo, porque à un cuerpo medido lo mismo es ponerle el precio como à todo, que como à mensura; y la razon es, porque quando

do ſe mide, yà ſe reduce à cuerpo, y es lo miſmo que venta de eſpecie, aunque ſea la venta *ad menſuram*: luego ſi eſtà medido, es lo miſmo que ſi ſe vendieſſe *ad corpus*; porque lo miſmo es medirſe, que eſtàr medido, y eſſo es lo que dice Baldo, que por el miſmo caſo de eſtàr en el dolio, y ſer vendido todo el vino, yà eſtà medido, porque el dolio en ſu ceno, no admite mas, ni menos, y *per artem geometricam*, ſe puede ſaber infaliblemente quantas Amphoras tiene, no hay que eſperar à la menſura para la perfeccion del contrato, porque yà tiene toda la certidumbre neceſſaria.

Eſto no es contra el §. *in his*, ni merecen Baldo, y Pablo de Caſtro, la nota de que *peſsime lapſi ſunt*, porque la ſegunda eſpecie de eſte §. no es la miſma de Baldo, como juzga Laſſarte, num. 25. ibi, *quæ eſt propria ſpecies Baldi*, y hay todo el cielo de diſtancia: y ſi no preguntemosle à Baldo, ſi quebrada la tinaja de que habla en ſu theorica, de modo, que no quede principio cierto para la menſura, eſtarà perfecto el contrato? y dirà que no, porque quitados los principios de la menſura, no puede ſaberſe por ningun arte quantas amphoras medìa aquel dolio, pues eſto es lo que dicen los JJ. CC.

Del miſmo modo preguntemosle à eſtos el caſo, que llevo propueſto de la peſſa de bronce, de la amphora, ò culeo de vino, y reſponderàn lo miſo que Baldo, porque aquella condicion *quas admenſus eris*, que ſuſpendiera el contrato, y ſu perfeccion, ſiendo de futuro, *non moratur obligationem* ſiendo de preſente *ſed omnino non difert*, y aunque *apud nos incertum ſit*, *attamem natura certum eſt*, que el vino eſtà medido, y quanto es. Eſto es lo que dice Baldo, y como no lo entendiò Covarrub. tampoco lo han penetrado los demas.

Mas claro: los JJ. CC. dicen, *tunc perfici emptionem cum admenſa ſint*; *ſed & ſi ſint in dolio, iam admenſa ſunt*, como dice Baldo: ergo *tunc perfecta eſt emptio*. Veanſe hay acordes los Juriſconſultos con Baldo.

T Lo

Lo mas que se puede decir es, (y esto en honor de Baldo) que añadiò à la decision de los JJ. CC. su agudeza ,lo que ellos omitieron en expresion, aunque se contubo en su doctrina , Baldo dice , que el vino de la tinaja està medido *per artem geometricam*; los Jurisconsultos, no escluyen, que se mida de este modo; ellos piden mensura , Baldo la requiere, y la diferencia solo consiste en que Baldo la dà al mismo tiempo del contrato, y los JJ. CC. la posponen : todos convienen, en que es necessaria la mensura, *quando in singulas amphoras, certum pretium diceretur*, y quando ya estàn medidas, todos convienen en que es lo mismo, que qualquier venta de especie, *tunc perfici emptionem existimant, cum admensa sint.*

Vease ahora la distancia de los casos en que proceden los JJ. CC. y Baldo, aquellos suponen no medido el vino que se vendiò *ad mensuram*, y paraque se reduzca à venta de especie determinada, requieren la mensura: Baldo supone medido el vino, y supone bien; porque todo recipiente es medida de los liquidos, y toda medida es recipiente, y tan cabalmente se mediràn veinte amphoras, sacandolas de un dolio, y midiendolas por amphoras, como hechando sin medir el vino, que es necessario para llenar un culeo, que mide veinte amphoras: luego si el dolio es de la misma capacidad del culeo, no hay que medir?

Si este caso se admite en los principios de los JJ. CC. tambien el de qualquier dolio, porque *per artem geometricam* està medido, y el modo de la mensura, à nada conduce para la perfeccion del contrato, como sea mensura legitima, y asi como pueden medirse de Amphora en Amphora por una simple medida, se pueden medir de dos en dos, de diez, en diez, y de veinte, en veinte, si son medidas de estos numeros: bueno fuera que lo que se vende por libras, no pudiesse pessarse por arrobas, porque el precio se puso à las libras, y que el que vendiò 500ɥ. libras de polvos azules, se estubiesse pessando toda su vida, y la del comprador, y no llegasse á perfeccion el contrato? pues

esto

esto es lo que dice Baldo, y lo que no pudieran resistir los Jurisconsultos, si se les diesse hecha la medida al mismo tiempo del contrato, à menos que dixessen que las condiciones *quę ad presens, vel preteritum tempus referuntur, obligationem morantur*: esto no pudieran decir contra sì mismos, y porque como dice Vinio in § *si impossibilis conditio* de Inutilib. stip. *& vero absurdum esset, aut suspendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione quę hoc ipso re vera jam existit, quod non potest existere*: luego se hà de confessar que es cierta la doctrina de Baldo.

Ulpiano en la ley *scire debemus* 29. de verb. oblig. hablando de las estipulaciones, y que son tantas quantas son las summas, dice, que si se estipulò un monton de plata sellada, no son tantas estipulaciones, como monedas, y usa de la misma voz de absurdo, que Vinio en el lugar antecedente *nam per singulos denarios, singulas esse stipulationes absurdum est*, y examinando los AA. en que consiste este absurdo dice Corasio en su exposicion, que fuera necedad dàr una accion para cada Denario, quando con una sola se podìa pedir el todo del monton: pues este mismo absurdo sucederìa, si estando existente el dolio, que puede medirse *per artem geometricam*, se huviesse de hacer precissamente la mensura, Amphora por Amphora.

En el §. si doliare de la ley 1. de peric. & comm. rei vend. de que yà se hà dicho, enseña el mismo Jurisconsulto que el vendedor puede derramar el vino vendido, si llegado el tiempo de la vendimia, y requerido el comprador para que haga la mensura, no viene à medirlo, pero se deben notar sus clausulas. *Veteres enim hoc propter mensuram suaserunt, si quanta mensura esset non appareat, videlicet, ut appareret quantum emptori vini perierit.*

Que en este texto habla el Jurisconsulto de vino no medido, lo dice el contexto de la letra, y lo explica bien Fabro, asienta primero que *vinum doliare*, no es otra cosa que el que està en diversos dolios sin medir, *vinum doliare ut ego interpretor, vinum quod in diversis dolijs, erat non*

non dum mensuratum quidem, y aqui hago la reflexion para el §. *sed & si ex doliario*, que lo que allì dice Fabro, que Budeo lee, *doliari*, donde el texto dice *doliario*, es lo mismo, esto es que la palabra *doliario*, significa un lugar de muchos dolios, y por esso *vinum doliare*, *est vinum*, *quod in diversis dolijs erat*: vease la gloss. marginal de este texto verbo *si doliare* en que se cita à Caton, Turnebo, y Ciceron, donde se llaman estos dolios, Cubas, y lo mismo en la ley 3. §. si vinum, de tritico &c.

Prosigue Fabro, y dice que esta efusion no tiene veces de tradicion, sino para que se sepa, y aparesca quanto le pereciò al comprador, y no tenga que pedir al vendedor, mas que lo que falta al cumplimiento del numero vendido, y concluye *aut effundendum, si de mensura non aliter appareat.*

Ninguno de quantos impugnan à Baldo, y Castro, hà impugnado à Fabro, y dice lo mismo que ellos, y este texto dice lo que todos, y Fabro solo para mayor explicacion añade el *aliter*: Ulpiano dice *si quanta mensura esset, non apporeat*; Fabro *si de mensura non aliter appareat*: de que infiero yo: luego el vino sin medirse, puede derramarse, *si de mensura aliter apparet*, como dice Fabro, ò si sin medirse *apparere potest, quanta esset mensura*, como dice el J. C. luego aun sin la mensura natural, puede saberse quanto es lo que se vende, y quanto es lo que perece al comprador: luego si la mensura es *ut appareat quantum ematur*, y esto se puede saber *aliter*, no es necessaria la mensura por Amphoras para la perfeccion del contrato en quanto al peligro: luego desde que se convino en el precio, quedò perfecto sin necessidad de esta mensura, y aunque se pierda todo el vino, corre el peligro el comprador, porque *aliter apparere potest de mensura*, esto es *per artem geometricam*: luego Baldo no dice mas que Ulpiano, y solo añade al *aliter* el modo, y el Arte, que es la Geometria, por la qual se reducen à medidas quadradas las rotundas, como dice Seneca Epist. 88: ò *egregiam artem!*

scis

ſcis rotunda metiri, in quadratum redigis quamcumque acceperis formam.

Y de todo lo dicho ſe convence, que el argumento de Saliceto, que esfuerza Laſſarte, no tiene vigor alguno contra la doctrina de Baldo; porque aunque ſe ponga el precio à cada Amphora, y no à todo el vino, es lo miſmo, quando ſe ſabe, quanto es el todo de las Amphoras, ò *aliter* puede ſaberſe, como por la Geometria, que reduce à quadradas las formas rotundas, porque por eſte medio *certum eſt pretium totius vini*, como dice Baldo, del miſmo modo, que certum *eſt pretium totius vini*, quando ſe pone un precio à todo el vino, como dicen Saliceto, y ſus ſequaces, y aſsi como en el §. *ſed & ſi ex doliario*, no hay diferencia en que ſe ponga un precio à las 100. metretas, ò ſe diſtribuya en cada una, para que ſe entienda la venta hecha *ad menſuram*, y bajo de la quaſi condicion, ò dilacion *ex natura rei ſi ad menſum erit*; aſsi tambien aqui no hay diferencia alguna, en que ſe ponga el precio à todo el vino, ò á cada Amphora, quando ſe ſabe por la Geometria las que ſe vendieron, ſin medirlas una por una, y el quanto del precio de todas las vendidas por el numero de las Amphoras.

Ynſta mas Laſſarte al num. 26. conque los tres JJ. CC. en el §. *in his* dicen que aquella condicion *quæ ſint, non niſi per factum menſuræ expediri, & certificari poteſt*, y que por eſto dijeron, que era venta condicional la venta como contrahyda bajo de eſta condicion, *quas menſuraveris*, que ſuſpende el contrato, y que contra eſto es la doctrina de Baldo: rara porfia! en que parte del texto dicen los JJ. CC. que *non niſi per factum menſuræ expediri, & certificari poteſt conditio*? y ſi *quanta eſt menſura appareat*, que diremos? y ſi *aliter de menſura, appareat, quam per factum menſuræ*, en que ſe opondrà eſto à los Juriſconſultos? en nada porque ſin el facto de la menſura natural, ò ſin la menſura natural como la llama Baldo, puede *aliter* ſaberſe el quanto de lo vendido como dice Ulpiano:

 lue-

luego ferà pura la venta, y lo mas que refultarà de todo, ferà, que lo que omitieron Gajo, Sabino, y Cafio, en el §. *in his*, añadiò Ulpiano en el §. *fi doliare*, como à cada paffo fe veè en el derecho, y lo exemplificò Baldo.

Esfuerza fu difcurfo con el §. *ergo*, *&* *fi grex*, como inevitable, y dice, que fi toda la manada fe vende à cierto precio cada cabeza, eftà imperfecto el contrato hafta la numeracion, como en las demas efpecies vendidas *ad menfuram*; v. g. vino, azeyte, &c. cuya adequacion califica, que afsi como *non nifi per numerationem expediri*, *&* *certificari poteft numerus ovium*, afsi en las demas efpecies: Pero yo pregunto, que dice contra efto Baldo en fu doctrina? porque èl habla del vino, *quod eft in tali dolio*, *vel vegete*, y en efte lugar *no hay tales carneros*, ni es de los cafos en que *per artem geometricam*, fe puede faber de quantas cabezas fe componìa la manada, y desde luego dirà Baldo lo mifmo que los JJ. CC. porque *non aliter poteft denumero apparere*, *nifi per numerationem*, y efto no fucede en un dolio de vino, que es de lo que trata Baldo, donde por la geometrìa fe puede faber el numero de amphoras, fin que fe midan: fus palabras fon. *Sed quid fi dixi, tibi vendo vinum totum, quod eft in ifta vegete ad rationem decem folidorum pro qualibet falma, numquid dicatur venditum ad menfuram? videtur quod fic, quia pretij declaratio pendet ex menfura: in contrarium videtur, quia tunc venditur ad menfuram, quando dico fic, vendo tibi tot falma ex tali vegete, vel ex tali cellario, tunc enim venditur fub forma menfurę, unde fubftantia formę, materię, & contractus, eft in ipfa menfura; & fic antequam menfuretur, eft emptio imperfecta; fed in primo exemplo, menfuratio non venit ad fubftantiam, fed ad declarationem folius pretij, quod etiam in fe ipfo certum eft, tan naturaliter, quam per artem geometricam, & fic contractus eft perfectus.*

De fuerte, que quando fe puede faber, *per artem*, el numero, y quantidad de la cofa vendida, aunque

no

no ſea por la menſura natural, entonces no ſe entiende hecha la venta *ad menſuram*; eſto es, que la menſura natural, no es la que perfecciona el contrato, pero en el ſegundo caſo, quando no quedan veſtigios, ni con principios de que poder tomar la menſura, entonces no queda perfecto el contrato, lo que demas del fundamento de Baldo, me lo perſuade la ley *hęc venditio* §. 1. ff. de contrah. empt. dice Ulpiano *huiuſmodi emptio*, quanti tu emiſti, vel quantum pretij in arca habeo, *valet, nec enim incertum eſt pretium tan evidenti venditione, magis enim ignoratur quanti emptus ſit, quam in rei veritate incertum eſt.* Es el precio uno de los tres conſtitutivos eſſenciales del contrato, no menos, que la coſa que ſe vende; y aſsi como debe ſer eſta cierta, debe ſerlo el precio, *ſed, & certum eſſe pretium debet* dice Juſtin. y aſsi como hay diſtincion entre la ignorancia del precio, y la incertidumbre; aſsi tambien hay diferencia entre la ignorancia de la quantidad de la coſa, y la incertidumbre de ella; conque aſsi como la incertidumbre del precio, impide la perfeccion del contrato, pero no la ignorancia; aſsi tambien la ignorancia de la quantidad, no le quita la perfeccion, ſino la incertidumbre, que es lo miſmo que dice Baldo con Juſtin. *quæ enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint.*

Del miſmo modo la ſegunda parte, ò extremo con que explicò la Sentencia de Baldo, ſe comprueba con el §. *pretium autem*, 1. de empt. & vendit. Refiere el Emperador la diſputa, que huvo entre los Antiguos ſobre la imperfeccion, ò perfeccion del contrato celebrado bajo de eſta condicion *quanti Titius rem ęſtimaverit*, y reſuelve, que vale el contrato, y añade, que ſea con la calidad, y condicion, *ut ſi quidem ille, qui nominatus eſt, pretium deffinierit*, quede perfecto el contrato; *ſin autem ille, qui nominatus eſt, vel noluerit, vel non potuerit pretium deffinire, tunc pro nihilo eſſe venditionem, quaſi nulęo pretio ſtatuto*: lo miſmo, que con el precio ſucede con la coſa

en

en la doctrina de Baldo, porque quando se vende todo el vino que està en el dolio, assi como se confiere el precio en el arvitrio de Ticio *quanti ille estimaverit*; assi por lo que mira, à la quantidad se confiere su certificacion en la mensura; y assi como quando el arvitro del precio lo determina, queda perfecto el contrato; assi quando *per artem sciri potest* la quantidad de la cosa, tambien queda perfecto; y assi como quando el arvitro, no puede, ò no quiere definir el precio, se resuelve el contrato como celebrado sin precio, assi quando por la substraccion de la materia, y con principios de la mensura, no se puede certificar la quantidad, se resuelve el contrato, y queda imperfecto.

Todo esto lo dijo muy bien Fabro, en el §. *in his* sus palabrs, *hæc autem conditio quam tacite inesse dicimus, huiùsmodi venditionibus earum rerum, quæ in pondere, numero, & mensura consistunt, si ad mensuram, aut pondus, aut numerum venditę sint, cohæret ipsis rebus venditis, nec post eas peremptas, potest amplius existere; quia quod iam perijt, neque mensurari, neque adpendi, neque numerari potest*, que juntas, ò comparadas con aquellas, *si de mensura non aliter appareat*, que dice en el §. *si doliare* de la ley 1. de de peric. & com. rei venditæ, explican todo mi concepto, y particular inteligencia de la doctrina de Baldo; que se reduce en suma aque si lo que pereciò, no se puede medir, queda imperfecto el contrato pero *si aliter de mensura appareat*, estubo perfecto desde el principio.

Entendida assi genuyna, y hermanamente la doctrina de Baldo, veamos ahora en que conduce, y de que sirve à nuestro assumpto? dice Baldo, que quando se vende todo el vino, que està en un dolio à razon de diez sueldos por cada salma, se pregunta, si la venta es *ad mensuram*? y el fundamento afirmativo es *quia pretij declaratio pendet ex mensura*: este es todo el fundamento, y toda la razon de los contrarios; es assi que quando se venden 200. fanegas à cinco pesos cada una, no depende de la mensura la

de-

declaracion del precio, porque midanse, ò no, siempre es su precio mil pesos: luego falta el principal fundamento en que consiste toda la doctrina contraria.

Con esta misma se desvanece la nueva, sutil, è ingeniosa diferencia, que se hà querido constituyr, entre el precio de convencion, y la liquidacion del precio: dicesse que el precio de convencion es cierto, que son cinco pesos, y que la liquidacion no pertenece à la certidumbre del precio, por lo qual no pende la perfeccion del contrato de la liquidacion, sino de la mensura, como condicion, ò dilacion ex natura rei, por lo qual quando un monton de indeterminada mensura, se vende à cierto precio cada medida, la imperfeccion no depende de la liquidacion, que esse no es el precio, sino de la mensura, que es la condicion; y con esta diferencia se excluyen las doctrinas de Fabro, Ansaldo; y los demas, que fundan la imperfeccion del contrato en la incertidumbre del precio: Pero contra esto es la misma doctrina de Baldo, porque pone por fundamento unico, y capital de la contraria sentencia esta sola razon, *quia pretij declaratio pendet ex mensura*, lo mismo el Eminentissimo Carden. Mantica de tacit. & ambis convention. tit. 17. n. 6. versic. *preterea*: sus palabras, *preterea quod dictum est, venditionem factam ad mensuram, esse conditionalem, & imperfectam, sane debet intelligi, ut locum habeat, quando pretium est incertum respectu totius fundi, quod quidem pretium post mensuram adhibitam est declarandum*, y en el num. 7. refiriendo la misma doctrina de Baldo, y conformandose con ella dice assi, *mensura non venit substantifice, sed ad declarationem totius pretij, quod in se ipso naturaliter, vel per Artem geometricam certum est, licet contrahentibus sit ignotum; ideo contractus est perfectus, sicuti si esset celebratus sub conditione de presenti.*

Convencesse esta misma nueva, y sutil distincion entre precio de convencion, y liquidacion de precio con esta refleccion: si el precio de convencion fuera cosa distincta

de la liquidacion, huviera tantas ventas quantos precios, asi como havìa tantas materias de venta, quantas eran las medidas; es asi que esto es absurdo, como queda dicho con la ley *scire debemus* de verb. oblig. donde lo es que por cada denario, se entiende hecha una estipulacion, y hasta ahora nadie hà dicho, que se contrahen muchas compras, y se dán muchas acciones, quando la especie, que consiste en pesso, numero, ò medida, se vende à pesso, numero, ò mensura, distribuydo el precio en sus partes: luego no hay diferencia entre el precio de convercion, y la liquidacion de todo el precio, sino que el todo que hà de resultar de la liquidacion, esse es el precio de convencion.

No es asi quando se venden muchas, y diversas especies por distintos precios, que entonces cada precio es una venta, y cada cosa es un contrato, y aunque se haga liquidacion del precio de todas, no es la liquidacion el precio de convencion ad text. in leg. *quia dicitur* 32. ff. de eviction, y es la comun de los DD. y Fabro en la citada ley 7. §. 2. con la ley *pacta* 72. del mismo tit.

En esta parte juzgo que tiene justicia Baldo, y no los que le inpugnan, pero en lo que no la tubiera, si procediera absolutamente, es en la segunda parte, donde asienta, que quando se venden tantas salmas *ex tali Cellario est emptio imperfecta*; pero para su explicacion è inteligencia buelvo à mi sisthema: toda esta question pertenece al peligro, à este fin se toca, y à este se resuelve: conque la pregunta es à quien pertenece el peligro de essas salmas vendidas ex Cellario? y resolviendo que pertenece al vendedor, se debe entender, que lo que pereciò, no fuè el todo del vino, *quod erat in Cellario*, sino tantas salmas, quantas se havìan vendido, y entonces dice muy bien; pero si pereciò todo el vino que estaba en la cella, no dice que el peligro de lo vendido serìa del vendedor, y si lo dijera, no dirìa bien, como immediatamente se veerà.

IN-

INTELIGENCIA PARTICULAR CONQUE ſe aclaran, y componen todos los textos de la materia, y doctrinas de los AA. que la tratan.

ASsi como el que de agenas eſpigas ſaca trigo, no hace nueva eſpecie, ſino ſolo deſcubre la que eſtà en ellas, como dice el miſmo J. C. Gajo en la ley *Adeo* 7. §. *cum quis* 7. ff. de acquir. rer. Dom. *etenim cum grana quę ſpiſis continentur, perfectam habeant ſuam ſpeciem: qui excuſsit ſpicas, non novam ſpeciem facit, ſed eam quæ eſt, detegit*: aſsi no ſe debe tener por nueva la inteligencia particular, que ſe contendrà en eſte §. porque ſolo ſe reducirà à deſcubrir los granos de oro, que dejaron los JJ. CC. en las leyes, en ſu perfecta eſpecie: y aſsi aunque lo que ſe dijère ſea contra la opinion, y ſentencia de los AA. que hàn eſcrito el punto, no ſe me deberà atribuyr à licencia, ni temeridad, pues ſolo pretendo que valga mi ſyſthema, lo que valiere la razon, en que ſe fundare.

Para mayor claridad de mi doctrina, ſupongo, que los JJ. CC. no uſaron de las voces *ad corpus*, ni *ad menſuram*, y ſolo ſe halla en ellos la palabra *averſio*, repetida en varios textos, y que eſtas locuſiones ſon unos terminos inventados por los AA. para explicar ſus conceptos, del qual me hè valido para explicar la ſegunda parte del §. *in his*, y aſsi, ſiempre que he dicho, y dijere venta *ad menſuram*, entiendo, y quiero decir una venta de un todo determinado, de cantidad indeterminada, cuyo precio ſe diſtribuyò en cada menſura, ſalvo, quando lo hago refiriendo alguna doctrina, que entonces hablo como el Author de quien es.

Supueſto eſte principio, es meneſter reducir la materia preſente à la diviſsion, que hacen los Juriſconſultos, por que ò ſe vende un todo, ò ſe vende una parte; eſta es la ſuma diviſsion de Gajo, en los §§. *in his*, §. *ergo*, *ſi grex* y, §. *ſed*, & *ſi ex doliario*: en el §. *in bis* habla del todo

ven-

vendido, ibi *nam ſi omne vinum*, & ibi *quod ſi vinum*; eſto es el miſmo todo, y en el §. *ergo & ſi grex*, ſe habla tambien del miſmo todo ibi *grex*, que tambien es todo, y un cuerpo, §. *ſi grex* 18. inſtit. de legat. ibi *eſt autem grex unum corpus*: en el §. *ſed ex, & ſi doliario*, habla de la parte vendida ibi *pars vini venierit*: con que no ſe puede dudar, que eſta es la diviſsion hecha por el Juriſconſulto.

Quando ſe vende el todo, buelve à diſtinguir el Juriſconſulto de eſte modo, ſi el todo *uno pretio venierit* es lo miſmo que venta de eſpecie, eſto es lo que los miſmos Juriſconſultos llaman *per averſionem*, los Eſpañoles, *à ojo*, y los Franceſſes en *Groſ.* ò en *Bloc.* como dice Fabro, y queda perfecto el contrato, luego que ſe convienen los contrahentes en el precio, por lo qual el peligro lo corre el comprador.

El otro extremo es, ſi el todo ſe vende diſtribuydo el precio en cada menſura, à cuyo genero de venta, no le puſieron nombre los Juriſconſultos, pero los AA. le dan el de *ad menſuram*, y de eſte genero de venta dice Gajo, que entonces ſe perfecciona el contrato ſegun Sabino, y Caſsio, quando ſe mide, peſſa, ò cuenta, y eſta miſma diviſsion reproduce en el §. ſiguiente con el exemplo de la Grey, que *ſi univerſaliter uno pretio venditur*, *perfecta eſt venditio, poſtquam de pretio convenerit*; pero ſi ſe ſeñala cierto precio à cada cuerpo, pende la perfeccion de la numeracion, por lo qual el peligro es del vendedor antes de ella.

Convienen eſtos dos modos de venta, en que uno, y otro es de un todo vendido, y difieren ſolo en la coſtitucion del precio, y aquì terminò eſte extremo de la diviſsion de la venta del todo.

Siguеſe ahora el otro extremo de la venta de la parte, de que trata en §. *ſed, & ſi ex doliario*: ibi *pars vini* eſta parte ſe puede vender de dos modos, ò *in genere generaliſsimo*, ò *in genere ſubalterno*.

La venta de genero Generaliſsimo, es quando ſe vende

de un numero determinado, pero de indeterminado cuerpo mayor, ò menor: v. g. *vendo cien metretas de vino; vendo 200. fanegas de trigo.*

La venta de genero ſubalterno es, quando ſe vende num. determinado, de un genero menor, que el generaliſsimo; porque aſsi como eſte, v. g. *vino,* comprehende todo el vino, que hay en el mundo, aſsi el vino de tal cella vinaria, comprehende todo el vino, que eſtà en los dolios, que ſe incluyen en la cella, en cuyo caſo aquel vino ſe tiene como genero ſubalterno, eſto es un genero mas eſtrecho, contrahido, y menor.

Tambien puede ſer mas amplio eſte genero, ſin que por eſſo deje de ſer ſubalterno: v. g. ſi ſe venden cien metretas de vino Adlantico, ſerà genero ſubalterno todo el vino de la Ysla Adlantida, pero mas amplio, mayor, y extendido, que el incluſo en una cella vinaria, pero ſe tendrà como genero, reſpecto de las eſpecies incluſas.

Del miſmo modo puede eſte genero ſubalterno, ſer menor, ſi ſe venden cien metretas de vino, de un dolio capaz de mil, porque entonces el dolio, ſe tendrà como genero, reſpecto de las medidas que incluye, y las medidas como eſpecie *ſecundum magis, & minus.*

La venta de genero generaliſsimo, ſe perfecciona en quanto al peligro por la menſura, y deſignacion de la coſa vendida, y haſta entonces corre el peligro el vendedor: la razon de eſto es la que aclara la materia, porque no es, ni conſiſte en que es venta hecha *ad menſuram*, ni ſe comprehende baxo de la regla, que los JJ. CC. dàn en la ſegunda parte del §. *in his*, no es porque ſea condicional ò quaſi, ò porque ex natura rei incluya dilacion, ſino porque el vendedor ſe conſtituye deudor, de la quiddidad, qualidad, y quantidad, que exiſte, y no puede perecer, *quia genus perire non poteſt*; y aunque pereſcan cien metretas de vino, ò 200. fanegas de trigo, ſiempre exiſten otras tantas, y muchas mas, en que ſe verifique la obligacion del vendedor: ita communis Doctorum con la ley *in*

ratione §. *incertæ* ff. ad legem falcidiam, ley *si te bonis C.* de Jur. deliberand. ley *incendium C. si certum petatur*, y es proloquio, y Axioma.

El segundo extremo de esta divisìon, es la venta de genero subalterno; y aquì se buelve à distinguir, ò perece parte del genero subalterno, ò perece el todo: si perece parte, el peligro es del vendedor antes de la mensura, pero no consiste este peligro, en que la venta es *ad mensuram*, sino en que el vendedor se constituyò deudor *quidditatis*, *qualitatis*, *&* *quantitatis*, y aunque peresca parte del genero subalterno, existe la quantidad vendida en el residuo que queda, y lo que obra la perdida de aquella parte perdida, no es otra cosa que dismìnuir el todo de que se havìa de pagar la parte, porque como aunque todo el genero subalterno, es *in obligatione*, solo la quantidad vendida, es *in solutione*, perece parte de lo obligado, pero nada de lo vendido.

Esto lo persuade la misma razon, porque si lo que se pregunta es à quien toca el peligro de la cosa vendida? y la parte perdida, no es la cosa vendida, porque en la parte existente, queda la obligacion à la entrega de la parte vendida; como hà de correr el peligro el comprador? cierto es, que el contrato està perfecto en quanto al peligro, pero en quanto al peligro, de lo vendido: y como lo vendido, no perece, porque es una cantidad debida, y essa existe en el residuo, que no pereciò; por esso no perece al comprador, *alias*, corriera el comprador el peligro de lo no vendido.

Por esto el que vendiò cien metretas de vino *alicuius cellę vinarię*, aunque antes de la mensura se derramen cien metretas, corre el peligro de ellas, y no el comprador: si la venta fuè de cien metretas de vino Adlantico, y se perdiò una partida de este vino, nada perece al comprador; y si se vendieron de un dolio capaz de mil, tampoco perece al comprador; pero en nigun caso es por la imperfeccion del contrato, sino por la existencia de la cosa vendida, y

solo

solo pereciendo esta, se puede preguntar à quien perece? pues era inutil preguntar à quien pertenece el peligro de la cosa no vendida? por esto se inscribe el titulo de peric. & comm. rei venditæ, y no de peric. & comm. generis subalterni pro solutione rei venditæ, obligati.

Opondràse contra esto, que todos los AA. nemine discrepante, como dice Farìa en el num. 8. convienen, en que la venta hecha de este modo vendo, 20. amphoras de aquel dolio, es venta *ad mensuram*: luego no se perfeciona este contrato en quanto al peligro, sino es purificandose la condicion de la mensura

Mas: si quando aparece *quid*, *quale*, *quantum*, & *pretium*, està perfecto el contrato en quanto al peligro segun la ley *Necessario*, y en nuestro caso decimos, que aparecen todos quatro requisitos; no serà venta *ad mensuram*; porque en esta todos convienen, en que el peligro es del vendedor; con que en nuestra hypotesi de las 200. fanegas vendidas à cinco pesos del monton de mil, ò es venta *ad mensuram*, como todos los AA. sienten, y el peligro es del vendedor, ò estos mismos AA. yerran en poner por exemplo de venta *ad mensuram*, una venta perfecta *quo ad periculum*, verificados los quatro requisitos en los terminos de la ley *Necessario*.

Para responder à esta dificultad, es menester entender, que no todas las ventas en que es necessaria la mensura, son ventas *ad mensuram*, que suspenden la perfeccion del contrato: Farìa, que en el num. proximamente citado pone el exemplo referido, dice al num. 29. *aliud est vendere ad mensuram, de quo actum huc usque, & aliud modum dicere in venditione ad corpus; nam & si mensuratio desideretur, ut constet, an tot jugera in fundo, aut tot amphoræ sint in dolio, venditio tamem est perfecta statim, & periculum transit ad emptorem, antequam res metiatur, & venditor tenetur, si minus reperiatur quam dictum*, ley 2. de act. empt. & vend.

El mismo en el num. 41. aprueba la opinion de Fulgosio

ſio, que dice, que quando *quid ad corpus venditur etiam dicto modo jugerum, aut numero amphorarum, ſtatim perficitur contractus, periculum que, ad emptorem pertinet ante, menſuram, non deſideratur pro venditionis perfectione, ſed ad dignoſcendum an deceptus ſit emptor, ſi minus inveniatur quam dictum.* Veaſe aquì una venta *ad corpus*, un contrato perfecto *quo ad periculum*, y con todo eſſo es neceſſaria la menſura: luego eſtarà muy bien, y ſe compadece que ſea neceſſaria la menſura, ſin que ſea venta *ad menſuram*, y ſin que ſe requiera eſta para la perfeccion del contrato.

Requierеſe pues la menſura en la venta de las 200. fanegas de trigo à cinco peſos, no para la perfeccion del contrato en quanto al peligro, ni tampoco para la tradicion, y traslacion del dominio, ſino ſolo para la ſeparacion del: no para el peligro, porque como ſe vèra deſpues el comprador, lo corre en las 200. fanegas vendidas, y el que no lo corra, perdiendoſe 200. fanegas del monton de mil, es porque no ſon eſſas las vendidas, ſino de las obligadas.

No es neceſſaria para la tradicion, porque ſe pueden entregar aun ſin medirſe, y todos los AA. *nemine diſcrepante*, convienen en que aun en la venta *ad menſuram*, pertenece el peligro al comprador, ſi ſe le entrega el todo, que ſe ha de medir, como ſe dijo en el ultimo §. del ſegundo fundamento.

Finalmente, no ſe neceſsita la menſura para la translacion del dominio, porque puede quedarſe pro indiviſo, y ſer dueños del monton, comprador, y vendedor, por la parte, que cada uno tiene: con que ſolo reſta ſer neceſſaria la menſura para la ſeparacion del dominio, y para reducir à eſpecie lo que es cantidad.

Ya ſe deſcubre la ſolucion de la dificultad, paſſando al ſegundo extremo de quando el genero ſubalterno, perece en el todo: de ſuerte, que quando perece en parte, perece al vendedor como dejamos dicho, y en la venta *ad*

men.

menſuram, tambien perece al vendedor lo que ſe pierde, aunque por muy diſtinta razon, como ſe ha explanado, y aſsi ſe deben entender los AA. en eſte ſentido, eſto es, que lo miſmo es en quanto al peligro, que ſe venda *ad menſuram*, ò que ſe venda cierto numero de medidas, de cantidad mayor, quando ſe pierde parte del todo, de que ſe vendiò: pero ſi la venta de 200. fanegas del monton de mil, la entienden, y conciben, como venta *ad menſuram*, de la ſegunda eſpecie del §. *in his*, eſto es una venta quaſi condicional, è imperfecta; yo con venìa de todos, diſcurro, que es contra la mente expreſſa de los JJ. CC. y aun contra lo literal de los textos, porque la venta *ad menſuram proprie*, pertenece al primer extremo de la diviſsion, que es *el todo*, cuya Claſſe es totalmente diſtinta del ſegundo extremo, que es *la parte*. Para el primer extremo dieron los JJ. CC. ſu deciſsion en el §. *in his*, ibi *nam ſi omne vinum*; para el ſegundo en el §. *ſed, & ſi ex doliario*, y querer acomodar, ò equivocar la deciſsion del todo, con la de la parte, es invertir las reglas, paſſar los caſos de una Claſſe à otra, y confundir, no ſolo las deciſsiones, ſino las razones; porque, que tiene que veèr, que la venta *ad menſuram* proprie, ſea imperfecta en quanto al peligro, por la incertidumbre del precio, y por eſto corra el peligro el vendedor, conque en la venta del genero ſubalterno, corra el peligro el miſmo vendedor, porque es deudor de quantidad, la que no ha perecido, por què perezca parte? por ventura, el que en uno, y otro caſo ſea el peligro del vendedor, funda, que ſea por una miſma razon? ò porque en uno, y otro ſea del vendedor el peligro, eſſo fundarà que ſea la venta, *ad menſuram*? ya ſe veè, que nò.

Eſta total diferencia, que hay entre la venta del todo, y la venta de la parte, la declara bellamente el miſmo J. C. en el §. *Sed, & ſi ex doliario*, porque haviendo dicho en el §. *in his*, que el modo de conſtituir el precio, es el que determina, ſi la venta es pura, ò quaſi condicio-

Z nal

nal, porque si se pone un solo precio al todo, es pura, y corre el peligro el comprador, pero si se distribuye en cada pesso, num. ò medida, es del vendedor antes de la mensura, passa al §. *sed*, & *si ex doliario*, y dice, que si se vende parte del vino, *veluti metretæ centum*, es todo el peligro del vendedor, antes de la mensura, ora se vendan todas las cien metretas en un precio, ora se distribuya en cada una de ella, y esto, que quiere decir, sino que quando se vende el todo ~~vendido~~, influye el modo de constitucion de precio, pero no quando se vende parte, esto es numero determinado, de todo determinado, y cierto; y la razon es, porque quando se vende el todo, *sive ad corpus*, *sive ad mensuram*, qualquier peligro recàe sobre la parte vendida, porque se vende el todo; pero quando se vende parte, aunque parte se pierda, no es essa la parte vendida, sino la obligada; y como lo que se pregunta es, à quien pertenece el peligro de la cosa vendida, y no de la cosa obligada? dice muy bien el Jurisconsulto, quando se vende el todo, todo es vendido; qualquier parte que perezca, es parte vendida; y asi para saber quien corre el peligro de ella, es menester, que se sepa, si el contrato està perfecto, y si aparecen los quatro requisitos de la ley *Necessario*: y como quando el precio se distribuye en las partes, que se pessaren, contaren, ò midieren, no aparece el precio, que es el quarto requisito, ni puede aparecer hasta la mensura; por esso es el peligro del vendedor.

Al contrario, quando se vende parte determinada, de todo determinado, està el contrato perfecto de qualquier modo, porque siempre aparecen desde luego los quatro requisitos de la ley *Necessario*, ora se constituya el precio *in semel*, ora *in singulis mensuris*; porque como las cien metretas perdidas, no son las cien metretas vendidas, ni parte de ellas, porque en el residuo que queda, hay existen, y solo se perdiò, lo que era obligado al entero de lo vendido; por esso no hace aprecio el Jurisconsulto del modo

de

de la conſtitucion del precio, porque en lo que fixò el fundamento de la diviſsion, es, en sì pereciò la coſa vendida, ò nò, para deſpues preguntar, à quien pertenece el peligro? y para reſolver eſta pregunta, ſe inquiere, *utrum* eſtè perfecto el contrato? llega à la ſegunda parte del §. *in his*, y halla que pereciò el todo, ò parte, de aquel todo vendido *ad menſuram*: pregunta ſi eſtà perfecto el contrato? y dice que nò, por la quaſi condicion de la menſura, que impide que apareſca el quarto requiſito del precio, y reſuelve, que pertenece el peligro al vendedor.

Paſſa al §. *ergo*, *&* *ſi Grex*; pregunta lo miſmo, y por el miſmo orden, y reſuelve lo proprio.

Llega al §. *ſed & ſi ex doliario*, y como coſa diſtinta, y diberſa de lo que antes havìa tratado, empieza por la particula *ſed*, que es adverſativa, y ſuponiendo el contrato perfecto, porque aparecen todos los quatro requiſitos, decide, que el peligro de las cien metretas derramadas *ex doliario*, pertenece al vendedor, ſin cuydar del modo de conſtitucion del precio, porque como la coſa vendida no havìa perecido, ni la queſtion es del peligro de la coſa obligada, no era meneſter examinar, nada de lo que en la eſpecie antecedente, porque allà perecìa la coſa vendida, y aquì nò; y faltando el ſupueſto de la queſtion, dixo el Juriſconſulto ſi la coſa vendida, no hà perecido, ſino ſolo parte de lo obligado à la venta, no hay para que cuydar, de ſi el precio ſe puſo *in ſemel*, ò diſtribuido en cada menſura: propongaſeme perdìda la miſma coſa, que ſe vendiò, y entonces examinarè, ſi influye el modo de conſtitucion del precio.

Eſſo quiere decir *antequam admetiatur*; porque como por la medida ſe havìa de individuar la coſa vendida, y antes de ella, ſolo ſe concibe una obligacion à la entrega de quantidad, no peligra la coſa vendida, antes de la menſura, porque perezcan cien metretas; y eſſo miſmo es lo que dejàmos dicho con Donelo, cuyas palabras repito: *cum ergo deliberatione debitoris*, ob interitum rerum *eius quæritur*

tur

tur, sciamus quæstionem esse in eo, utrum quod perijt, debitum fuerit, nec ne? ut si fuit debitum, debitor liberetur, si non fuit, non liberetur: convenciendose asi, que todo lo que se apartan los AA. de este concepto, se desbian de la mente, y decision de los Jurisconsultos.

El segundo extremo de la subdivision del genero subalterno, es quando perece todo, que entonces perece al comprador la parte vendida: son textos expressos la ley *in ratione* §. *incertę* ff. ad legem falcidiam, y la ley *si in emptione* §. *emptio* de contrah. empt: Marciano en la primera dice asi, nam *si ex suis rebus, incertam rem testator reliquisset veluti* argentum quod elegerit, *& omne argentum testatoris interijsset sine culpa hęredis, nihil deberetur*: Paulo en la segunda dice asi, *si emptio ita facta fuerit, est mihi emptus stichus, aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus; sed uno mortuo qui superst, dandus est: & ideo prioris periculum, ad venditorem, posterioris, ad emptorem respicit, sed & si pariter decesserint, pretium debebitur, unus enim utique periculo emptoris vixit.*

La razon de estas decisiones, es la misma, que acabamos de dàr, y consiste, en que asi como quando perece parte del genero subalterno, no corre el peligro el comprador, porque esso que perece, no es lo vendido, sino lo obligado ad text. in leg. *si duo* 128. in fine de verb. oblig. asi quando perece todo, corre el peligro el comprador en la parte vendida, porque en el todo obligado, se incluìa la parte vendida, y pereciendo el todo, se pregunta muy bien, à quien pertenece el peligro de la cosa vendida? y entonces se examina, si està perfecto, ò nò, el contrato: y si aparecen los quatro requisitos de la ley *Necessario*, el peligro es del comprador, y si no està perfecto, corre el peligro el vendedor; y como quando se vende num. cierto de todo cierto, y determinado, y por cierto precio, ora sea uno solo, ora sea distribuido *in singulis mensuris*, aparecen los quatro requisitos; es precisso, que perezca al comprador.

Por

Por esto, si se venden cien metretas de vino *ex doliario, vel ex tali cella*, si perece todo el vino encerrado en ella, perecen al comprador, las cien metretas vendidas; si la venta fuè de cien metretas de vino Adlantico, y como refiere Platon, se sumergiò toda la Ysla Adlantida, el peligro es del comprador; y si se vendieron cien metretas de un dolio de mil, y se perdiò, y derramò todo el vino, el peligro es del comprador, porque en todos estos casos se verifica, que pereciò la cosa vendida, despues de perfecto el contrato, assi como quando el testador legò, *argentum quod elegerit, si omne argentum testatoris perierit, nihil deberetur*, porque pereciendo todo el genero subalterno, tambien pereciò la cosa debida, ò vendida.

La venta alternativa, es tambien venta de genero subalterno, y solo se diferencian en que, en la venta alternativa se señalan *nominatim* los extremos, cuerpos, ò partes, que son materia de la obligacion, y en que ha de recaer la eleccion del vendedor, y en la venta de genero subalterno, no se expecifican, ni induiduan, sino se dejan embebidos en el genero, v. g. *Titio servum quem voluerit, do lego*, es legado de genero subalterno, y este *illud aut illud, utrum elegerit*, es legado altenativo: dicelo literalmente Vinio en el §. *optionis* num. segundo circa finem ibi; *si ita testator dixerit, Titio servum, quem voluerit do lego, illud, aut illud, utrum elegerit: puto tamem, nihilo magis optionem legatam, sed pro simplici legato generis, aut alternativo, hoc etiam habendum*, esto es, el primero, *generis* el segundo, *alternativo*: Desuerte, que si el testador al legar el siervo en la primera especie, los fuesse nominando todos, y despues de la nominacion dijesse *el que de estos eligiesse, esse lego*, serìa legado alternativo; porque no consiste lo alternativo en que sean dos, como *illud aut illud*, porque pueden ser muchos, sin que por esto deje de ser alternativo el legado: es expresso Papiniano en la ley *cum illud aut illud* 25. ff. quando diez leg. cedat ibi *cum illud aut illud legetur, enumeratio plurium rerum, disjunctivo*

modo comprensa, plura legata non facit, y la glosa añade *plura non facit, sed unum, quantum ad unam solutionem*; y la misma eleccion que hay en el genero subalterno vendido, hay en la venta alternativa; y asi como es puro el legado del genero subalterno, como dice Vinio *ibidem* num. segundo *generis legatum purum esse*; asi tambien la venta de genero subalterno, es pura, y no contiene condicion, ni quasi, como en la segunda parte del §. *in his*: por esso se llama venta alternativa, porque en substancia, y *quo ad effectum*, es lo mismo que subalterna, asi en quanto à lo que se comprehende en la obligacion; como en que *unica solutione tollitur obligatio*, como en la alternativa, y por esso Fabro en la ley *comprehensum* 60. ya citado dice *non solum in alternativis electio est debitoris*; *sed etiam quando genus aliquod debetur, nam & qui generis debitor est, plurium rerum debitor est.*

Por esto, asi como quando se vende alternativamente Sticho, ò Pamphilo, ambos *sunt in obligatione, licet unus dumtaxat sit in solutione*, si muere Sticho, y queda Pamphilo, dice Paulo, que Sticho muriò al vendedor; porque esse *erat in obligatione*, y todabia resta Pamphilo, *qui potest esse in solutione*; el muerto es el obligado, Pamphilo el vendido; el obligado muere al vendedor, y el vendido vive al comprador, mas à riesgo suyo, *unus enim utique periculo emptoris vixit*; y si mueren los dos *successive*, ò *simul*, uno perece al vendedor, y otro al comprador, por la misma razon, *unus enim utique periculo emptoris vixit*, pues pereciendo ambos, perece al comprador; y lo mismo que dice Paulo de dos, dice Papiniano de muchos, ibi *enumeratio plurium rerum*; y asi como quando parte de la bagilla del testador pereciò, no perece el legado de *argentum quod elegerit*, porque *aliquod argentum remanet*, pero si perece toda la bagilla, perece al legatario la alhaja legada, porque en una alhaja corrìa el legatario el peligro: asi en la venta de cien metretas de vino, de tal doliario, ò Bodega, ò 200. fanegas de trigo, de tal monton, si perece

par-

parte, perece al vendedor, y si perecen todas, perecen al comprador las 200. porque la venta fue pura de las 200. fanegas, y no condicional, ni dependiente, de la mensura; pero pereciendo todas las mil, perecieron con ellas las 200. vendidas, que es lo mismo que dice Ortega, *si vinum omne aliquo fortuito casu sit effusum, emptor pretium solvere cogitur*; *nam verum est cum universo corpore, quamtitatem emptam, peremptam fuisse*, y por esso la ley 34. §. *si emptio* es un texto que *nulla arte efugi potest*, digan lo que dijeren los contrarios.

Esto es lo que dicen el P. Oñate, y los demas, y novissimamente el P. Nicolas de Segura, en su tratado de contract. tract. 1. disp. 5. num. 33. con la ley 23. tit. 9. partida 6. ley *Plerumque* 11. §. final, ff. jur. dotium ley *non utique*, 3. ff. eo quod certo loco, y la ley *sticum* 95. ff. de solut. y lo mismo en la disp. 6. num. 107. y el Señor Gregorio Lopez, gloss. 3. de la misma ley.

Mas breve, y concissa, y de otro modo equivalente se puede dar la misma doctrina en general, para la materia, dividiendo, y distinguiendo de esta suerte: ò aparecen los quatro requisitos de la ley *Necessario*, ò no aparecen; si aparecen, està perfecto, el contrato y en quanto al peligro.

O perece lo que *simul est in obligatione, & solutione, aut quod solum est in obligatione, & non præcisse simul in solutione.*

Si perece *quod simul est in obligatione, & solutione*, el peligro es del comprador.

Si perece *quod solum est in obligatione, & non præcisse in solutione*, el peligro es del vendedor.

Pero si no aparecen los quatro requisitos, contenidos en la ley *Necessario*, està el contrato imperfecto, y el peligro pertenece al vendedor.

Pareceme, que no puede haver regla mas segura, ni doctrina mas cierta, que aquella, que siendo general comprehende con uniformidad, y conformidad de razon todas

las

las eſpecies, y caſos particulares, ajuſtando ſu deciſsion, à las reſoluciones de los JJ. CC. Aſsi debe ſer la regla, como ſe dice en la ley 1. ff. de reg. jur. *regula eſt quę rem, quę eſt, breviter enarrat, non ut regula, jus ſumatur, ſed ex jure, regula.* No hago yo eſta regla, ſino la tomo del derecho, y ſu certidumbre, la califican ſus efectos, y ſi no vamoſlo viendo por los textos Capitales.

En el §. *in his*, la venta hecha por un precio, ſe perfecciona, *ſimul atque de pretio convenerit*, y el peligro lo corre el comprador, y porquè? porque parece la coſa vendida, y aparecen los quatro requiſitos de la ley *Neceſſario.*

En el miſmo §. *in his*, en ſu ſegunda parte, quando ſe diſtribuye el precio *in ſingulis menſuris*, el peligro es del vendedor, y porquè? porque no aparecen los quatro requiſitos de la ley *Neceſſario*, y eſtà imperfecto el contrato, haſta la menſura, ponderacion, ò numeracion.

En el §. *ergo*, *&* *ſi grex*, es lo miſmo, que el antecedente.

En el §. *ſed*, *&* *ſi ex doliario*, el peligro es del vendedor, porque no perece la coſa vendida, y la que es *in ſolutione*, aunque eſtè perfecto el contrato, y aparezcan los quatro requiſitos.

En la ley *ſi in emptione*, §. *emptio*, el peligro es del vendedor, ſi muere Sticho, porque ſolo perece lo què es en la obligacion, y no preciſſamente, lo que es en la ſolucion; pero ſi mueren Sticho, y Pamphilo, uno muere al comprador, y otro al vendedor, porque aunque los dos eſtaban obligados, uno ſolo, era materia preciſſa de la ſolucion.

La ley *in ratione*, §. *certę* contiene tres eſpecies, y todas ſe reſuelven del miſmo modo: ſi perece parte de la bagilla del teſtador, no perece el legado, de *argentum quod elegerit*, porque ſolamente perece lo que es *in obligatione*, y no *præciſſe*, lo que es *in ſolutione.*

Pero, ſi perece toda la bagilla, perece el legado, por

que

que allì perece, lo que *præcisse est in solutione.*

Si el legado es de genero generalissimo, como en la segunda parte de este §. aunque perezca toda la bagilla del testador, no perece el legado; porque como *genus perire non potest*, solo perece parte de lo que es *in obligatione*, pero no lo que es *præcisse in solutione.*

En la ley de partida sucede lo mismo: propone una venta *ad mensuram proprie*, de un todo determinado, de indeterminada mensura, constituido el precio *in singulis mensuris*, que es la misma especie de de la segunda parte del §. *in his*, y dice, que si perece todo, ò parte, perece al vendedor, por que como està imperfecto el contrato hasta la mensura, aun que perezca la cosa vendida en todo, ò en parte, perece al vendedor, y no al comprador; y assi se entienden genuìna, y hermanamente todos los demas textos.

Y no puedo dejar de hacer aquì la reflexion de que como consta de la prueba, que se ha dado, y no pueden negar los Abastecedores, siempre, que despues de vendido el trigo, se ha picado, ò se ha corrompido antes de la mensura, el peligro ha sido de los compradores, y jamàs se hà oydo, que se hayan quejado, ni judicial, ni extrajudicialmente, ni pretendido rebaja, ni devolucion por este daño, y han tolerado, que se les arroje al mar muchas veces la parte, que han tenido en los montones, y otras, que no se les deje amasar, sino que lo vendan para pasto de las Abes, lo que sucede tan regularmente, que no hay dia en que no se verifique, porque como esta es una semilla, que todos los dias se deteriora, y el que oy està bueno, mañana està caliente, y el que oy està caliente, mañana està picado, y el que oy està picado, mañana està mas, & *numquam in eodem statu permanet*; el que comprò esta semana 500. fanegas, no las recibe la que viene conforme las comprò, sino deterioradas, y tal vez insorbibles, y assi las recibe, ò las pierde si se arrojan, y todo esto de que proviene, sino de que el peligro es en la cosa vendida, despues de perfecto el contracto? el que se pierda el trigo,

por

por irrupcion del mar, y el que se corrompa, ò pudra en todo, ò parte, solo difieren en razon de peligro *secundum magis, & minus*: pues si para la corrupcion, y deterioracion de la cosa vendida, siempre se ha tenido por perfecto el contrato, luego que se convienen en el precio; porque no se ha de juzgar lo mismo en la perempcion total de la especie? por ventura, hay alguna substancial diferencia, en que el mar, se lleve el trigo bueno, ò en que la Justicia entregue al mar el trigo, que aunque se vendiò bueno, se hizo malo por la corrupcion? pues si este peligro nunca lo han litigado, porquè se les ha de oyr en este? por esso el Tribunal del Consulado, que se hallaba instruido de la practica, y estylo de este Comercio, repeliò la demanda de los Abastesedores.

Buelbo á decir, que la seguridad de esta doctrina regla, è inteligencia de los textos, no necesita de mas comprobacion para prueba de su verdad, y certidumbre, que el que con una misma razon, se determinen uniformemente todos los casos, conforme estàn decididos en las leyes; Asi como el que traduce una cifra, prueba manifiestamente, y por evidencia de hechos, que los geroglificos, y caractères con que està escrita, dicen, y significan lo mismo que el traduce, porque colocados en diversos lugares los caractères, siempre estàn acordes, y significan una misma cosa, sin que necesite de mas prueba ni satisfacion; asi quando la regla adequa á todos los casos que estàn baxo de ella, no necesita de mas prueba para su certidumbre, y asi como *non probat hoc esse, quod ab hoc contingit abesse: probat hoc esse, quod ab hoc non contingit abesse*: De esta suerte, y con estas reglas, se entienden bien todas las decisiones de los JJ. CC. luego esta es la cierta, y la que se debe seguir para la determinacion de un caso tan frequente, pues por ella se resuelven todos los que pueden acontecer.

Otros fundamentos se alegaron en la demanda, que aunque procurè vindicarlos en la respuesta de la contesta-
cion

cion, en que ſe impugnaron con eficazia, me hà parecido omitirlos en eſte papel, por no hacerlo mas dilatado, como aſsi miſmo otras queſtiones, y puntos, que no ſon tan neceſſarios para la reſolucion, pues ſiendo la materia tan difuſa por ſu naturaleza, ſi ſe huvieſſe detratar todo lo que incide, fuera meneſter eſcivir un tomo, que todo lo que hicieſſe de cuerpo, tubieſſe de deſmedido, y como el medio de mi defenza, no es porque el contrato fueſſe *ad corpus*, ni de cantidad deſmedida, ſino determinada, pugnara la defenza, con la defenza.

Y de todo ſe convence, que determinando los derechos debèr correr los compradores el peligro, en el caſo de que ſe trata, tambien lo deben correr en la ſentencia, y eſperar los vendedores, no correr alguno en la determinacion, pues no puede ſer adverſa, ſiendo à medida de ſu Juſticia; la que me parece que les aſsiſte Salvo meliori. Eſtudio, y Septiembre 25. de 1749.

Doct. D. Mamuel de Silva y la Vanda.

